(Elaborada pela equipe da Biblioteca do Tribunal de Justiça do RS)

Santos, Boaventura de Sousa
O discurso e o poder; ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre, Fabris, 1988.
VI, 115p. 22cm.

1. Sociologia – Retórica jurídica. 2. Retórica jurídica – Sociologia. I. Título.

CDU 301:347.965.45
347.965.45:301

Índice para catálogo sistemático

1. Sociologia. Retórica jurídica 301:347.965.45
2. Retórica jurídica: Sociologia 347.965.45:301

SERGIO ANTONIO FABRIS EDITOR
Rua Miguel Couto, 735
Caixa Postal 4001 – Telefone (0512) 33-2681
Porto Alegre, RS – Brasil

ÍNDICE

PREFÁCIO

Este texto foi publicado pela primeira vez no Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra *(1980) e, posteriormente, na* Revista Forense (n.° 272) *e, em versão abreviada,* in*Karl Ladeur* et al *(orgs.)* Verfassungstheorie, Verfassungsinterpretation und Politik, *Frankfurt, Syndikat. Dada a natureza de qualquer destas publicações, não foi possível, através delas, dar a conhecer este texto a um público mais amplo e, por isso, ao longo destes anos, muitas foram as solicitações para que o tornasse mais facilmente acessível. É esse o objectivo da presente edição e agradeço ao Editor Sergio António Fabris o tê-la tornado possível.*

Este texto constitui a elaboração teórica de uma pesquisa empírica de sociologia do direito realizada numa favela do Rio de Janeiro no início da década de setenta, no âmbito da preparação de uma dissertação de doutoramento apresentada na Universidade de Yale. Esta dissertação, intitulada Law Against Law: Legal Reasoning in Pasargada Law, *foi publicada em 1974 pelo Centro Intercultural de Documentación de Cuernavaca (México) de que era director Ivan Illich. Um extenso resumo deste trabalho foi posteriormente publicado na* Law and Society Review *(vol. 12, 1977), sob o título,* The Law of the Oppressed: The Construction and Reprodution of Legality in Pasargada. *Este último texto será em breve publicado, em versão portuguesa, pela Editora da Universidade de Brasília.*

Existe alguma sobreposição entre O Discurso e o Poder *e a* Law of the Oppressed, *que resulta de versarem sobre a mesma pesquisa empírica, e que se reflecte, tanto no quadro teórico, como no suporte bibliográfico. No entanto,* O Discurso e o Poder *não contém nenhuma*

descrição detalhada dos dados empíricos e, em compensação, desenvolve com maior amplitude as implicações teóricas da pesquisa (por exemplo, o capítulo V é totalmente novo). Trata-se, pois, de dois textos autónomos que devem ser objecto de publicações independentes.

O texto que ora se apresenta é publicado na sua versão original. Escrito há vários anos, reclamaria alguma actualização bibliográfica. Por outro lado, dado o tipo da revista onde foi publicado pela primeira vez e atentas as limitações de espaço, foram tratados em nota tema que noutras circunstâncias mereceriam ser incluidos no texto. No entanto as alterações que, por estas razões, se recomendariam exigiriam um dispêndio de tempo incompatível com os prazos editoriais e, de resto, a serem feitas, talvez comprometessem a coerência global do texto. Acresce que o facto de o quadro teórico aqui apresentado continuar a ter, em minha opinião, plena actualidade (quiçá, maior actualidade agora do que quando foi pela primeira vez formulado) e o facto, não menos importante, de eu continuar inteiramente identificado com ele constituem, ao meu ver, duas boas razões para publicar este texto tal como ele veio, pela primeira vez, ao mundo.

O DISCURSO E O PODER

Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica

Afigura-se apropriado tomar como tema a interdependência e a interpenetração entre os universais da retórica, da hermenêutica e da sociologia e esclarecer a diferente legitimidade destes universais.

HANS-GEORG GADAMER

É tanto mais fácil ao bourgeois *provar, usando a sua linguagem, a identidade entre relações económicas e individuais ou até humanas em geral, quanto é certo que esta linguagem é, ela própria, um produto da* bourgeoisie *e que, portanto, na linguagem, como na realidade, as relações mercantis tornaram-se a base de todas as outras relações humanas.*

KARL MARX

Introdução

Os avanços verificados nas duas últimas décadas no domínio da teoria marxista do direito são basicamente sub-produtos de trabalho teórico sobre o estado, o qual, por sua vez, tem constituído o centro da reflexão sobre os modos de dominação e de controle social nas sociedades contemporâneas [1]. A apro-

[1] Restringindo-nos à última década e apenas às obras que abriram pistas importantes de investigação: N. POULANTZAS, *Pouvoir Politique et Classes Sociales de L'Etat Capitaliste*, Paris, 1968; C. OFFE, *Strukturprobleme des Kapitalistischen Staates*, Frankfurt, 1972; E. ALTVATER, «Zu einigen Problemen des Staatesinterventionismus», *PROKLA* 3, 1-53; R. MILIBAND, *The State in Capitalist Society*, Londres, 1973; J. O'CONNOR, *The Fiscal Crisis of the State*, Nova Iorque, 1973; P. ANDERSON, *Lineages of the Absolutist State*, Londres, 1974; J. HIRSCH, *Staatsapparat und Reproduktion des Kapitals*, Frankfurt, 1974; A. NEGRI, *La Forma Stato*, Milão, 1977; G. THERBORN, *What does*

ximação recíproca da problemática teórica do estado e do direito é de saudar, tanto mais que durante muito tempo a sociologia do direito e a antropologia do direito — em graus diferentes e por razões distintas, mas em ambos os casos reflectindo uma adesão implícita aos horizontes problemáticos definidos pela filosofia do direito e pela dogmática jurídica — procederam ao «esquecimento» sistemático do estado, do que decorreu um desvirtuamento fundamental na análise da estrutura e da função do direito na sociedade. No entanto, a consumpção do estudo do direito no estudo do estado pode, por seu lado, conduzir também ao «esquecimento» do direito e, como tal, envolver, por outra via, o mesmo tipo de desvirtuamento — tanto mais grave quanto este último esquecimento tem lugar no interior do próprio objecto teórico do direito. Concretamente o desvirtuamento consiste, neste caso, por um lado, em suprimir a questão da produção jurídica não-estatal e, por outro, em negligenciar o estudo das áreas em que *o jurídico* assume maior especificidade em relação ao *político*, como, por exemplo, a área do discurso jurídico. E, na verdade, não só a questão da produção jurídica não estatal (fora do estado, paralela ao estado ou mesmo contra o estado) é ainda hoje um dos tabus da teoria sociológica do direito, tanto dentro como fora do marxismo, como também o estudo do discurso e da argumentação jurídicos continua a ser um dos temas em que é mais absoluto o divórcio entre a sociologia e a antropologia do

the Ruling Class do When it Rules?, Londres, 1978; E. O. WRIGHT, *Class Crisis and the State*, Londres, 1978. Para o importante debate na Alemanha Federal sobre o estado vide, por último, V. BRANDES et al. (organizadores), *Handbuch 5: Staat*, Frankfurt, 1977; uma perspectiva sobre o mesmo debate em língua mais acessível, J. HOLLOWAY e S. PICCIOTTO, *State and Capital: A Marxist Debate*, Londres, 1978. O não menos importante debate sobre o estado na América Latina pode ser seguido na *Revista Mexicana de Sociologia* 1-77 e 2-77. De salientar ainda RUDOLF BAHRO, *Die Alternative*, Frankfurt, 1977, sem dúvida a mais lúcida e coerente análise marxista do estado das sociedades do leste europeu até hoje produzida.

direito, por um lado, e a filosofia do direito, por outro. No que diz especificamente respeito ao discurso jurídico, a sociologia positivista do direito considera-o pouco controlável pelos métodos da razão técnica que constituem a base da sua cientificidade, enquanto a sociologia marxista tende a ver nele um objecto teórico de extracção idealista não compreensível nos seus próprios termos e apenas explicável à luz da crítica da ideologia. Para ambos os paradigmas sociológicos, o discurso jurídico é uma área marginal ao estudo das estruturas do poder e do controle social na sociedade contemporânea e como tal pode ser deixada ao domínio da especulação filosófica.

Em meu entender, a teoria sociológica do direito e, muito em especial, a teoria marxista terá de vencer os tabus e as divisões de trabalho teórico tradicionais, sob pena de ser vítima do «esquecimento» do direito e de não avançar para além das generalidades grosseiras e dos slogans politicamente eficazes mas teoricamente pouco consistentes e pouco elucidativos. No presente trabalho exploram-se algumas das vias de acesso sociológico ao discurso jurídico à luz de investigações empíricas que, por sinal, interessam também para a questão do pluralismo jurídico.

A filosofia do direito tende hoje a reconhecer o carácter tópico-retórico do discurso e do raciocínio jurídicos [2]. Entre

[2] Este reconhecimento é em parte o resultado da crescente frustração perante as orientações neokantianas (STAMMLER, W. BURCKHARDT, KELSEN), neohegelianas (LARENZ), etico-materialistas (SCHELER, HARTMANN), fenomenológicas (HUSSERL, REINACH), existencialistas (MAIHOFER) e jus-naturalistas (em suas versões católicas, protestantes e humanistas-racionalistas), que têm vindo a dominar a filosofia jurídica contemporânea. Mas é sobretudo uma reacção contra o pensamento sistémico subjacente à teoria jurídica dos tempos modernos (F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 2.ª ed. 1967; K. ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa, 1968) e por isso não surpreende que as críticas e reservas à concepção tópico-retórica envolvam, de um ou de outro modo, a defesa da ideia de sistema no pensamento jurídico (U. DIEDERICHSEN, «Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz», *N. J. W.* 1966, 697 e ss.; C. W. CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in*

os autores que mais contribuíram em tempos recentes para a consagração de uma tal concepção é justo salientar T. VIEHWEG [3], J. ESSER [4] e CH. PERELMAN [5], sendo dominante nos dois primeiros a elaboração da dimensão tópica e no último, a elaboração da dimensão retórica. Esta concepção procura situar-se na conhecida distinção, que tem caracterizado o pensamento ocidental pelo menos desde ARISTÓTELES, entre o conhecimento/ /raciocínio apodíctico, que aspira à verdade absoluta e recorre para isso à demonstração analítica, através da dedução lógica (silogística) ou da experimentação empírica, e o conhecimento/ /raciocínio dialéctico-retórico, que aspira à adesão ao que é crível, plausível, razoável, recorrendo para isso a provas dialéctico-retóricas, isto é, à argumentação e deliberação a partir de opiniões ou pontos de vista geralmente aceites (os *topoi*) [6]. Segundo a concepção tópico-retórica, o discurso jurídico tem

der Jurisprudenz, Berlin, 1969; K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin 2.ª ed. 1969). Sobre esta temática cfr., no espaço filosófico de língua portuguesa, A. CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-Facto-Questão-de-Direito ou O Problema Metodológico da Juridicidade*, Coimbra, 1967; TERCIO FERRAZ JR., *Direito Retórica e Comunicação*, São Paulo, 1973.

[3] T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, Munique 2.ª ed., 1963; «Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung» in A. DIEMER (org.), *System und Klassifikation in Wissenschaft und Dokumentation*, Meisenheim/Glan, 1968; «Ideologie und Rechtsdogmatik» in W. MAIHOFER (org.), *Ideologie und Recht*, Frankfurt, 1969, 83 e ss..

[4] J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956; *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, 1970.

[5] CH. PERELMAN, «Reflexions sur la Justice», *Revue de l'Institut de Sociologie*, 1951, pp. 255-281; CH. PERELMAN e L. OLBRECHTS-TYTECA, *Rhetorique et Philosophie. Pour une theorie de l'argumentation en philosophie*, Paris, 1952; *Traité de l'Argumentation. La Nouvelle Rhetorique*, 3.ª ed. Bruxelas, 1976. Cfr. por último, R. ALEXY, *Theorie der Juristischen Argumentation*, Frankfurt, 1978.

[6] ARISTÓTELES, *Retorica*, I, II, III. É com base na distinção referida no texto que Giambattista Vico elabora em 1709 *(De nostri temporis studiorum ratione)* os dois tipos de método científico a que chama crítico e retórico.

uma natureza argumentativa, visando uma deliberação dominada pelo lógica do razoável em face do circunstancialismo concreto do problema, em caso algum redutível à dedução lógica e necessária a partir de enunciados normativos gerais [7]. O conhecimento do discurso jurídico pressupõe, assim, uma teoria da argumentação onde se dê conta, de modo global, do processo da construção cumulativa da persuasão que culmina na deliberação.

O significado sociológico desta concepção deve ser entendido a dois níveis diferentes. Por um lado, a concepção tópico-retórica tem por objectivo uma crítica, que pretende ser radical, às concepções jus-filosóficas até então dominantes, que procuraram por vários modos converter a ciência jurídica numa dogmática ou axiomática, da qual seria possível deduzir soluções concretas no quadro de um sistema fechado de racionalidade tecno-jurídica. Um leque de concepções que, explicitando a lógica implícita no movimento de codificação e, mais remotamente, no projecto constitucional do estado liberal, levava ao extremo o princípio da legitimação assente na racionalidade jurídico-formal, formulado por MAX WEBER para caracterizar o fundamento da autoridade política do estado moderno [8]. Por outro lado, e a um nível mais amplo, a leitura tópico-retórica tem implícita uma concepção democrática do direito

[7] L. RECASENS-SICHES, «The Logic of the Reasonable as Differentiated from the Logic of the Rational (Human Reason in the Making and the Interpretation of the Law)» in R. A. NEWMAN (org.) *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis, 1962, pp. 192-221; EDWARD H. LEVI, *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago, 1949; Ch. PERELMAN, «Justice and Justification», *Natural Law Forum* 10 (1965), 1, numa formulação extrema: «Unlike demonstrative reasoning, arguments are never correct or incorrect; they are either strong or weak».

[8] M. WEBER, *Law in Economy and Society* (selecção organizada por M. Rheinstein), Cambridge (Mass).), 1954. Cfr. a mais recente reformulação da análise weberiana em N. LUHMANN, *Legitimation Durch Verfahren*, Neuwied, 1969.

e da sociedade e, portanto, um certo projecto político que, entretanto, é mais notório em PERELMAN do que em VIEHWEG ou ESSER. O discurso jurídico em geral e o discurso judicial em particular é um discurso pluralístico que, apesar de antitético, não deixa de ser dialógico e horizontal. Consequentemente, a verdade a que aspira é sempre relativa, e as suas condições de validade nunca transcendem o circunstancialismo histórico-concreto do auditório. Como bem notou recentemente L. HUSSON, a teoria da argumentação de PERELMAN abre uma terceira via entre as duas predominantes, isto é, «a afirmação dogmática de teses que se apresentam sob uma falsa aparência científica, ou o recurso à violência para fazer triunfar opiniões que se renuncia a justificar racionalmente» [9].

A sociologia da retórica jurídica deverá partir da concepção tópico-retórica e do seu duplo significado científico e socio-político para tentar responder a três questões principais. Em primeiro lugar, a *questão da extensão do espaço retórico ou do «campo de argumentação»*, o que pressupõe a conversão da caracterização filosófica do discurso jurídico numa variável sociológica. Em segundo lugar, a *questão da constituição interna do espaço retórico*, o que pressupõe, por um lado, estabelecer distinções até agora mais ou menos suprimidas e, por outro lado, contestar algumas das distinções em que tem assentado a evidência ingénua da autonomia do espaço retórico frente a outros espaços vizinhos. Em terceiro lugar, a questão da sociologia do conhecimento, isto é, *a questão das condições sociais do regresso da retórica em geral e da retórica jurídica em especial, na segunda metade do séc. XX*, um fenómeno que, aliás, tem de ser visto em conjunto com o ascenso do paradigma linguístico-semiótico nas ciências sociais

9 L. HUSSON, «Réflexions sur la Theorie de l'Argumentation de CH. PERELMAN», *Archives de Philosophie* 40 (1977), 435.

e com os novos caminhos da hermenêutica de GADAMER a RICOEUR [10].

No presente trabalho procurarei responder à primeira questão, abrindo apenas algumas pistas de acesso à segunda questão, plenamente consciente de que o tratamento global de qualquer delas não poderá dispensar a resposta à terceira questão. No âmbito deste trabalho, a resposta à primeira questão assenta numa comparação não sistemática (embora minimamente controlada) entre a prática jurídica do direito estatal dos países capitalistas e a prática jurídica no interior de um grande bairro da lata do Rio de Janeiro (a que chamarei Pasárgada), por mim analisada com recurso aos instrumentos teóricos produzidos pela concepção tópico-retórica e com base num trabalho de campo realizado no início da década de 70 segundo o método socio-antropológico da observação participante [11].

I. «Marginalidade urbana» e produção jurídica

A proliferação dos bairros marginais nos grandes centros urbanos dos países do chamado terceiro mundo constitui uma das características mais salientes do processo de reprodução social do operariado industrial (e do exército de reserva) no

10 H.-G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, 2.ª ed., Tübingen 1965; P. RICOEUR, *Le Conflit des Interpretations*, Paris, 1969. Dois exemplos, muito diversos entre si, do itinerário hermenêutico nas ciências sociais: P. L. BERGER e T. LUCKMANN, *The Social Construction of Reality*, Nova Iorque, 1966; K.-O. APPEL et al. *Hermeneutik und Ideologiekritik*, Frankfurt, 1971. Cfr. também P. WINCH, *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, Londres, 1970.

11 B. DE SOUSA SANTOS, *Law Against Law: Legal Reasoning in Pasargada Law*, Cuernavaca, 1974.

capitalismo periférico[12]. Segundo os melhores cálculos, em finais da década de 60 a população total das cerca de duzentas favelas do Rio de Janeiro oscilava entre 800 000 a 1 000 000, isto é, cerca de 1/4 da população total da cidade. Pasárgada é uma das maiores e mais antigas favelas do Rio, tendo actualmente uma população superior a 60 000 pessoas e ocupando uma vasta área numa das zonas industriais da cidade. Como acontece em geral nas favelas, esta ocupação é ilegal e, no caso de Pasárgada, iniciou-se no princípio da década de 30 num terreno, situado então nos arredores da cidade, que era na altura propriedade privada, passando mais tarde a propriedade do estado. Igualmente ilegais são as construções (barracas precárias ou, mais tarde, casas de tijolo), o que decorre não só da falta de título legal de posse de propriedade do terreno como também da violação das disposições legais (nacionais e municipais) sobre a construção de edifícios nas áreas urbanas. Este estatuto de ilegalidade tem constituído um dos problemas centrais das comunidades residenciais marginais e não surpreende que as suas lutas

[12] A bibliografia sobre esta questão é imensa. Cfr., a título de exemplo, M. SCHTEINGART (org.), *Urbanizacion y Dependencia en America Latina*, Buenos Aires, 1973; T. G. MCGEE, *The Urbanization Process in the Third World*, Londres, 1971; M. CASTELLS (org.) *Imperialismo y Urbanizacion en America Latina*, Barcelona, 1973; M. CASTELLS (org.), *Estructura de Clases y Politica Urbana en America Latina*, Buenos Aires, 1974; J. HARDOY (org.), *Urbanization in Latin America: Approaches and Issues*, Nova Iorque, 1975; C. DELGADO, *Subdesarollo Urbano y Marginalidad Social en America Latina*, LIMA, 1969; A. LEEDS, «The Significant Variables Determining the Character of Squatter Settlements», *America Latina*, 12 (1969), 3; J. MATOS MAR, *Urbanizacion y Barriadas en America del Sur*, LIMA, 1968; R. C. GUTIERREZ, *Las Invasiones de Terrenos Urbanos: Elementos para un diagnostico*, Bogota, 1969. Os bairros marginais, que em certos períodos têm um ritmo de crescimento mais rápido que o das cidades em que se integram, têm designações específicas nos diferentes países: *favelas*, no Brasil; *callampas* no Chile; *cantegriles* no Uruguai; *barrios proletarios* no Mexico; *barriadas* no Peru; *villas miseria* na Argentina; *ranchos* na Venezuela; *barrios brujas* no Panama; *bidonvilles* em França; *slums* nos E. U. A.; *gecekondu* na Turquia; *chabolas* em Espanha; *bairros da lata* em Portugal.

se tenham orientado, quer para a conquista colectiva da legalização, sempre que as condições socio-políticas o permitiram, quer para a defesa contra as ameaças à sobrevivência colectiva decorrentes da ilegalidade da ocupação. As ameaças assumem múltiplas formas, todas elas expressão das condições brutais em que tem lugar a reprodução social da força de trabalho nos países capitalistas periféricos. Por um lado, as favelas não têm direito à instalação de equipamentos colectivos por parte do estado, desde o abastecimento de água ao domicílio, até à rede eléctrica, esgotos e pavimentação das ruas, o que cria mecanismos cumulativos de vitimização colectiva e impõe aos moradores um quotidiano particularmente duro. Por outro lado, com a valorização progressiva dos terrenos em que se implantaram as favelas e a especulação selvagem daí decorrente, cresceram as pressões da burguesia urbana sobre o aparelho de estado no sentido de remover em bloco para os arredores os bairros marginais da cidade, libertando os terrenos para empreendimentos urbanísticos. Perante isto, os habitantes das favelas sempre procuraram organizar-se de modo a melhorar as condições de habitabilidade, criando várias redes de água e de electricidade administradas pelos utentes, constituindo brigadas de trabalho (sobretudo nos fins de semana) para melhoria das ruas e outras infrastruturas colectivas. Procuraram sobretudo maximizar o desenvolvimento interno da comunidade e garantir a segurança e a ordem nas relações sociais entre os habitantes com o objectivo de, fortalecendo as estruturas colectivas, fazer subir os custos políticos e sociais para o aparelho de estado de uma eventual destruição ou remoção forçadas. Estas formas organizativas desenvolveram-se sobretudo no início da década de 60, numa conjuntura populista do poder político burguês, e as lutas mais avançadas tiveram lugar à volta das associações de moradores, que então se constituíram (ou reconstituíram) para coordenar as acções dos vários níveis

da vida colectiva e sobretudo para defender os interesses das comunidades perante as agências do aparelho de estado [13]. Com o tempo, algumas dessas associações passaram a assumir

[13] Cfr. SAGMACS «Aspectos Humanos da Favela Carioca. Estudo Sócio--Económico elaborado por SAGMACS», 1.ª parte in *Estado de São Paulo*, 13-4-1960 (suplemento especial), 2.ª parte in *Estado de São Paulo*, 15-4-1960 (suplemento especial); J. A. RIOS, «Operação Mutirão», *Cadernos Latino-Americanos de Economia Humana*, 4 (12), 1961, 250; J. A. RIOS, «Reforma da Política Habitacional», *Boletim do IPES*, 3 (18), 1964, 19; C. A. MEDINA, *A Favela e o Demagogo*, São Paulo, 1964; L. A. MACHADO DA SILVA, «A política na Favela», *Cadernos Brasileiros*, IX (3), 1967, 35; L. VALADARES, «Una Favela por Dentro», *Mundo Nuevo*, 29, 19.

Até à década de 60 a organização interna dos bairros marginais foi praticamente ignorada pela sociologia. A situação modificou-se posteriormente, como o indica a bibliografia já citada sobre as favelas brasileiras. Os bairros marginais cresceram e com eles a visibilidade social e política do associativismo interno, da gestão colectiva dos recursos e da mobilização reivindicativa por uma habitação condigna e por uma sociedade mais justa. De várias perspectivas científicas e políticas, os trabalhos que a seguir se indicam dão testemunho deste processo social: W. MANGIN, «Squatter Settlements», *Scientific American*, 217 (4), 21 e ss.; R. M. MORSE, «Recent Research on Latin American Urbanization: a Selective Survey with Commentary», *Latin American Research Review*, 1 (1), 35-74; J. TURNER, *Uncontrolled Urban Settlement: Problems and Policies*, Nações Unidas, 1966; J. NELSON, «The Urban Poor. Disruption or Political Integration in Third World Cities», *World Politics*, XXII (1970), 393 e ss.; UNECLA (Comissão Económica das Nações Unidas para a América Latina), *The Structural Character of the Problem of Marginal Urban Settlements in Latin America and the Prospects for the Future*, Medellin, 1970; F. VANDERSCHUEREN, «Pobladores y conciencia social», *Revista Latinoamericana de Estudios Urbanos y Regionales*, 1, 3; F. VANDERSCHUEREN, «Significado Político de las Juntas de Vecinos en Poblaciones de Santiago», *Revista Latinoamericana de Estudios Urbanos y Regionales*, 1, 2; B. DE SOUSA SANTOS, *ob. cit.*, 2-115 e 277-324.

Sabe-se hoje que a reprodução social (neste caso, pela habitação) da força de trabalho assalariada nas sociedades capitalistas, e não só nas periféricas, é feita sempre em condições precárias (ainda que de precaridade variável). Aí se geram as lutas urbanas cujo sucesso depende de uma multiplicidade de factores mas que em geral são tanto mais difíceis quanto mais duras são as condições do processo de trabalho. É nesta ligação íntima entre o domínio da produção e o domínio da reprodução que se forja a congruência estrutural entre as chamadas frentes primárias e as frentes secundárias de luta, entre as lutas de classes e as lutas comunitárias. Cfr. também J. BORJA, *Movimientos Sociales Urbanos*, Buenos Aires, 1975; M. CASTELLS, *Lutas Urbanas*

funções nem sempre previstas directamente nos estatutos, como, por exemplo, a de arbitrar conflitos entre os vizinhos, enquanto que o exercício das funções estatutárias se tornou cada vez mais problemático após a imposição da ditadura militar em 1964, tendo então início uma longa e difícil luta pela sobrevivência organizativa em condições políticas e policiais extremamente repressivas.

Em Pasárgada a associação de moradores cedo passou a ser conhecida pela sua intervenção nas relações sociais entre vizinhos, sobretudo naquelas que envolvessem direitos sobre a habitação ou a terra, uma intervenção que, aliás, não era, em termos gerais, inédita na comunidade, uma vez que continuava de modo mais sistemático e menos precário a intervenção anteriormente assumida por outras instituições comunitárias e nomeadamente pelos *leaders* locais [14]. Pasárgada é uma comunidade densamente povoada, no seio da qual se estabeleceu uma teia muito complexa de relações sociais entre os habitantes e entre estes, individualmente, e a comunidade no seu todo, algumas das

e Poder Político, Porto, 1976; J. COWLEY et al., *Community or Class Struggle?*, Londres, 1977.

Subjacente a esta concepção está a recusa radical das teses da marginalidade urbana, veiculadas sobretudo pela sociologia americana da década de 60. Para uma crítica destas teses cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *ob. cit.* 2-114, e por último J. E. PERLMAN, *O Mito da Marginalidade*, Rio de Janeiro, 1977. Aliás, começa hoje a ser necessário fazer a crítica das críticas da marginalidade. É preciso denunciar concepções (no melhor dos casos ingénuas), em que a recusa da ideia de marginalidade parece arrastar consigo a recusa da ideia de exploração e dominação classistas, que caracterizam as sociedades capitalistas. No campo da teoria marxista é sobretudo necessário não voltar a cair no exagero (e também na ingenuidade) de poupar a Grande Teoria à responsabilidade de contabilizar (em termos científicos e estratégicos) as diferenças materiais entre formas de exploração e de dominação e as resistências também diferenciadas que elas suscitam por parte das classes trabalhadoras.

[14] Sobre as estruturas ecológica, socio-económica, política, religiosa e associativa de Pasárgada, cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *ob. cit.*, 70-115. Uma versão resumida em «The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada», *Law and Society Review*, 12, 1 (1977), 106 e ss..

quais têm origem em contratos (compra e venda, arrendamento, etc.) e outros negócios jurídicos que envolvem a propriedade, a posse e direitos reais vários sobre a terra e as habitações (ou parte delas) individualmente apropriadas. Tais relações têm uma estrutura homológica das relações jurídicas. No entanto, à luz do direito oficial brasileiro, as relações desse tipo estabelecidas no interior das favelas são ilegais ou juridicamente nulas, uma vez que dizem respeito a transacções sobre terrenos ilegalmente ocupados e a construções duplamente clandestinas. Dentro da comunidade, contudo, tais relações são legais e como tal são vividas pelos que nelas participam; a intervenção da associação de moradores neste domínio visa constituir como que um *ersatz* da protecção jurídica oficial de que carecem. A associação de moradores transformou-se, assim, gradualmente num *forum* jurídico, à volta do qual se foi desenvolvendo uma prática e um discurso jurídicos — o direito de Pasárgada.

O direito de Pasárgada é um direito paralelo não oficial, cobrindo uma interacção jurídica muito intensa à margem do sistema jurídico estatal (o direito do asfalto, como lhe chamam os moradores das favelas, por ser o direito que vigora apenas nas zonas urbanizadas e, portanto, com pavimentos asfaltados). Obviamente, o direito de Pasárgada é apenas válido no seio da comunidade e a sua estrutura normativa assenta na *inversão da norma básica (grundnorm)* da propriedade, através da qual o estatuto jurídico da terra de Pasárgada é consequentemente invertido: a ocupação ilegal (segundo o direito do asfalto) transforma-se em posse e propriedade legais (segundo o direito de Pasárgada). Efectuada esta inversão, as normas que regem a propriedade no direito do asfalto podem ser selectivamente incorporadas no direito de Pasárgada e aplicadas na comunidade. Deste modo não surpreende, por exemplo, que o princípio da propriedade privada (e as consequências legais dele decorrentes) seja, em geral, acatado no direito de Pasárgada do mesmo modo

que o é no direito estatal brasileiro, o que, aliás, não deixa de ter importância para a caracterização da «sub-cultura» jurídica que Pasárgada constitui e, consequentemente, para a determinação e avaliação das lutas de classe, que a nível da reprodução social (neste caso, a habitação) são travadas nos bairros «marginais» das metrópoles capitalistas em situações não-revolucionárias [15].

A actividade da associação de moradores, enquanto *forum* jurídico, reparte-se por duas áreas distintas: a ratificação de relações jurídicas e a resolução das disputas ou litígios delas emergentes. Quando dois ou mais moradores desejam celebrar um contrato (ou estabelecer entre si qualquer outra relação jurídica), podem vir avistar-se com o presidente da associação de moradores. Vêm normalmente acompanhados por familiares, vizinhos ou amigos, alguns dos quais servirão de testemunhas. As partes explicam os seus propósitos ao presidente e este, depois de as ouvir, interroga-as até se considerar esclarecido sobre a natureza e legitimidade da relação jurídica, o seu objecto, a firmeza e autonomia da vontade das partes, e sobretudo a seriedade do compromisso para cumprir as obrigações reciprocamente assumidas. O teor do contrato é então elaborado pelo presidente, por vezes com base num texto preparado pelas partes. Em certo tipo de contratos (por exemplo, contratos de arrendamento), é comum o recurso a fórmulas de rotina semelhantes às usadas nos contratos do mesmo tipo celebrados perante o direito oficial. Depois de dactilografado, o documento é lido perante os presentes e assinado pelas partes (depois de manifestarem o seu acordo com o estabelecido) e por duas testemunhas. O documento é então carimbado com o carimbo

[15] Do que ficou dito na nota 13 resulta evidente que a autonomização analítica do direito de Pasargada e a sua caracterização como sub-cultura, longe de serem subsidiárias das teorias da marginalidade, são concebidas como polos de uma situação global de exploração classista e, portanto, estão incorporadas numa teoria marxista do direito que se pretende atenta à multiplicidade e à especificidade das lutas de classes nas sociedades capitalistas.

da associação e arquivado, sendo distribuídas cópias às partes. Esta intervenção da associação — que designo por *ratificação* — é um processo muito complexo e subtil, através do qual a associação contribui para a prevenção de disputas na comunidade ao esclarecer as partes e demais participantes sobre o conteúdo da relação jurídica e a natureza dos compromissos assumidos e, em geral, ao dotar a relação jurídica com uma fonte autónoma de segurança.

Quando um conflito surge entre vizinhos, a associação pode ser chamada a resolvê-lo e nesse caso é accionado um processo (flexível), que tipicamente tem os seguintes trâmites. A parte queixosa apresenta o caso na associação perante o presidente que, de seguida, a interrogará de modo a certificar-se da natureza e seriedade do conflito e da competência da associação para o resolver, quer da competência em razão da matéria — o conflito diz respeito a direitos sobre terrenos ou habitações — quer da competência territorial — o terreno ou a habitação, objecto do conflito, situa-se no interior de Pasárgada. O caso será aceite se o presidente, para além da fixação da jurisdição da associação, se certificar, pelas perguntas e pelo conhecimento directo que muitas vezes tem do caso, que a petição do queixoso tem um mínimo de razoabilidade e não tem propósitos desonestos. A outra parte é então convidada por escrito a vir à associação, numa data fixada, «para tratar assuntos do seu interesse». Dependendo do conhecimento directo que tiver do caso, o presidente pode entretanto visitar o local onde se gerou o conflito. A comparência das partes na reunião para discussão e julgamento da causa é por vezes problemática e várias medidas podem ser tomadas para assegurá-la. As partes vêm normalmente acompanhadas por amigos, parentes ou vizinhos, que podem ou não participar na discussão. A discussão, por vezes animada, é orientada pelo presidente que, no final profere a decisão.

A prevenção dos conflitos e a resolução dos conflitos constituem os dois polos da prática jurídica centrada na associação de moradores e, mais em geral, do direito de Pasárgada [16]. Este direito é accionado através de um discurso jurídico caracterizado pelo uso muito intenso e complexo da retórica jurídica. Foi este facto que me levou a analisar a reprodução da legalidade no interior de Pasárgada, através duma perspectiva teórica desenvolvida a partir da concepção tópico-retórica até então elaborada para dar conta, de modo especulativo e abstracto, do discurso jurídico oficial do estado moderno. Passarei de seguida a caracterizar, com algum detalhe, o espaço retórico do direito de Pasárgada para depois o comparar com o espaço retórico do direito estatal contemporâneo e sobretudo do direito dos estados capitalistas.

II. O discurso jurídico em Pasárgada

II. 1 — *A retórica da decisão*

Uma das características mais salientes do discurso jurídico de Pasárgada reside em que as decisões não resultam da aplicação unívoca de normas/leis gerais a casos concretos. São antes o produto da aplicação gradual, provisória e sempre reversível de *topoi* cuja carga normativa (extremamente vaga em abstracto) se vai especificando à medida que se envolve, pela argumentação, com a facticidade concreta da situação em análise [17]. O objec-

[16] Uma análise detalhada do direito de Pasárgada em B. de Sousa Santos, *Law Against Law*, 277-576, e *The Law the Oppressed*, 38-106.

[17] Uso a expressão grega de preferência aos seus possíveis equivalentes em português, tais como, *tópicos*, *pontos de vista*, *lugares comuns*, dada a complexa evolução semântica por que estes últimos têm passado. Na sua forma original, os *topoi* caracterizam-se pela sua força persuasiva e não pelo seu conteúdo de verdade. Como já referi, os *topoi* constituem pontos de vista ou opiniões comunmente aceites. Reportam-se ao que é conhecido. Como diz Walter

tivo é construir progressivamente e por múltiplas aproximações uma decisão que seja aceite pelas partes e pelo auditório relevante (a começar pelos vizinhos que seguem de perto o caso),

ONG, «...in all its senses the term (topos) has to do in one way or another with exploitation of what is already known, and indeed often of what is exceedingly well known». *(Interfaces of the Word: Studies in the Evolution of Consciousness and Culture*, Ithaca, 1977, 149). Mas o conhecimento que transportam é extremamente flexível e moldável perante os condicionalismos concretos do discurso e do tema tratado. De modo incisivo, H. LAUSBERG considera que «o *locus communis* é um pensamento infinito que é aplicado, como argumento ou ornamento, ao tratar-se uma *quaestio* finita» *(Elementos de Retórica Literária*, Lisboa, 1966, § 393). Do mesmo modo, para PERELMAN «Ces lieux constituent les prémisses les plus générales, souvent d'ailleurs sous-entendues, qui interviennent pour justifier la plupart de nos choix». (*Traité*, 113).

ARISTÓTELES (em *Topica* e *Retorica)* foi quem converteu a retórica numa arte ou técnica de argumentar e persuadir. A retórica procede de premissas prováveis para conclusões prováveis por meio de entimemas, ou silogismos retóricos, os quais são de facto para-silogismos, convincentes mas não irrefutáveis, ao contrário do que sucede com os silogismos propriamente ditos da lógica apodítica. A demonstração convincente enquanto geradora de persuasão é secundada pelo elemento emocional, a dimensão psicagógica da retórica que é sobretudo notória no livro II da *Retorica* (Cfr. A. PLEBE, *Breve História da Retórica Antiga*, São Paulo, 1978, 44 e ss.). Aos entimemas está ligada a teoria do «lugares», isto é, dos *topoi*. ARISTÓTELES distingue entre lugares gerais ou comuns e lugares especiais ou específicos, os primeiros, aplicáveis em qualquer área do conhecimento (por exemplo, o *topos* da quantidade, do mais e do menos, que se pode aplicar tanto em física como em política); os segundos, aplicáveis apenas numa área (por exemplo, o *topos* do justo e do injusto pode ser aplicado no direito ou na ética mas não na física). Segundo W. ONG *(ob. cit.*, 149) esta distinção não sobreviveu, por fastidiosa, e em breve a prática e a doutrina retóricas passaram a usar as expressões *loci* e *loci communes* indiferentemente. Mas a distinção é de algum modo retomada por CH. PERELMAN *(Traité.*, 112 e ss.) e em todo o caso é uma distinção útil para analisar a retórica jurídica onde aparecem interligados não só lugares gerais e específicos como sobretudo lugares específicos de diferentes áreas, como, por exemplo, do direito, da ética e da política, o que confere ao discurso jurídico a sua complexidade e também a sua ambiguidade.

ARISTÓTELES distingue três géneros retóricos: judicial, deliberativo e epidítico. O género dominante é o judicial e os autores têm chamado a atenção para o facto de ao longo dos tempos os estudantes de retórica terem feito a sua aprendizagem com base na retórica jurídica, no pressuposto de que quem dominasse esta última facilmente dominaria a retórica das restantes áreas do conhecimento social (Cfr. PERELMAN, *Traité, passim;* H. LAUSBERG,

ou que, não sendo aceite por todos, mantenha contudo uma carga de persuasão suficiente para marginalizar ou estigmatizar os recalcitrantes. Isto não significa que, no decurso da discussão do caso, se não façam frequentes referências às leis do direito do asfalto, quer às que no direito oficial regulam as matérias em discussão, quer, ainda que mais raramente, às que regulam as actividades da associação de moradores. Tais referências, no entanto, nunca são necessitantes das decisões, o que, por outro lado, não significa que sejam arbitrárias ou inúteis. De facto, são parte integrante do discurso tópico-retórico e têm por função criar uma atmosfera de oficialidade e de normatividade — uma retórica institucional, em suma — que reforça os objectivos retóricos e sublinha as linhas do discurso no seu percurso para a decisão.

Os *topoi* principais do discurso jurídico pasargadiano são: o *topos* do equilíbrio, da justeza, o *topos* da cooperação e o *topos*

ob. cit., § 25; E. R. CURTIUS, *European Literature and the Latin Middle Ages*, Nova Iorque, 1953, 64 e ss.; A. GIULIANI, «L'Element 'Juridique' dans la Logique Medievale», in Centre National Belge de Recherches de Logique, *La Theorie de L'Argumentation*, Lovaina, 1963, 54 e ss.; ROLAND BARTHES, «L'Ancienne Rhetorique», *Communications*, 16 (1970), 172 e ss.). Estará aqui uma das raízes históricas da vocação generalista dos juristas no desempenho das funções sociais?

No domínio da retórica jurídica a vocação problemática (isto é, não sistemática) dos *topoi* é particularmente notória. Tanto VIEHWEG como ESSER mostram que muitas das ideias normativas que em tempos recentes se transformaram em princípios gerais de que é possível deduzir «conclusões necessárias» foram originalmente, na jurisprudência romana clássica, simples *topoi* da retórica forense, sendo ainda hoje conhecidos pelas designações que então obtiveram: *Nemini casum sed culpam imputari; publicam utilitatem privatorum commodis praeferandam; plus cautionis in re est quam in persona; Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse haberet.* Aliás, a mesma raíz retórica estende-se aos conceitos da jurisprudência como, por exemplo, conceito de causa (justa causa). Cfr. ESSER, *Grundsatz*, 45; Nos nossos dias I. TAMMELO concebe o princípio do *rule of law* (princípio da legalidade, princípio do *Rechtsstaat)* como um *topos* retórico («The Rule of Law and the Rule of Reason in International Legal Relations», in Centre National Belge de Recherches de Logique, *La Theorie de L'Argumentation*, Lovaina, 1963, 335 e ss..

do bom vizinho. São usados sobretudo pelo presidente, já que é ele quem domina o discurso jurídico que se centra na associação, mas podem ser usados (e muitas vezes, são-no) pelas partes e pelos demais participantes na discussão do caso. Os *topoi* não são usados indiscriminadamente mas antes segundo a lógica da economia retórica dos casos e assim, enquanto o primeiro *topos* tende a dominar nos conflitos entre vizinhos (por ex., A declara ter comprado uma divisão do barraco enquanto B considera que, como o preço pago o atesta, se trata antes de um arrendamento), o terceiro *topos* tende a dominar nos conflitos que opõem o interesse individual de algum morador aos interesses da comunidade no seu todo (por ex., um morador que, ao reconstruir o seu barraco, avançou de tal maneira a parede frontal que quase obstruiu a rua); e, finalmente, o segundo *topos* tem curso em qualquer dos tipos de conflitos mencionados [18].

A construção retórica do processo de decisão condiciona a própria decisão, mas esta, sem deixar de ser um produto do discurso, é também o discurso produzido; é, simultaneamente, a medida do discurso e o discurso medido. O discurso retórico, dada a sua forte dimensão reactiva, assenta numa compulsão da medida. No entanto, a medida só é inteligível perante o discurso no seu todo; captada ao nível de um dado acto ou momento do discurso, esconde-se ou revela-se como medida louca que mede e desmede e faz preceder o que sucede. O discurso retórico, e sobretudo o discurso jurídico, sendo simulta-

[18] Estes *topoi* tem um perfil complexo, ético-jurídico, uma característica que é também a dominante do discurso jurídico pasargadiano no seu todo. Entre os *topoi* estabelecem-se hierarquias flexíveis e pode também suceder que dois *topoi* contraditórios entrem em conflito na argumentação de um caso concreto. No domínio da retórica geral, Perelman chama a atenção para a contradição entre o *topos* clássico da superioridade do duradouro e estável e o *topos* romântico da superioridade do precário e momentâneo. Cfr. Perelman, *Traité*, 114.

neamente dialógico e antitético, é também digressivo e lateralizado. Daí que o traçado da decisão entre por vezes em áreas que seriam consideradas proibidas, quer à luz dos critérios da lógica jurídico-sistemática, quer à luz das regras definidoras da competência e da jurisdição. A decisão tende a ser investida do propósito de contabilizar em pormenor os méritos relativos das diferentes pretensões, mesmo daquelas que à partida se situam fora do objecto da causa, mas de que os participantes têm conhecimento directo.

Porque a estrutura do processo se condensa na conclusão, a decisão tende a assumir a forma de mediação. Ainda que uma das partes possa ser mais vencedora do que outra, o resultado nunca é de soma-zero, ao contrário do que sucede na forma de adjudicação (vencedor/vencido), que é hoje largamente dominante nos sistemas jurídicos oficiais dos estados capitalistas (se não mesmo do estado moderno, em geral). A estrutura da mediação é a topografia de um espaço de mútua cedência e de ganho recíproco. Deve, no entanto, distinguir-se a mediação da negociação. A negociação é uma estrutura decisória, em que o juiz/árbitro (a «terceira parte», em linguagem da antropologia jurídica), quando existe, é mera correia de transmissão de uma sequência de propostas e contra-propostas das partes com vista à convergência possível. Ao contrário, na mediação o juiz desempenha um papel activo e constitutivo, no qual se tece a distanciação que lhe permite afirmar-se como sede da decisão, ainda que se trate de uma distanciação precária, na medida em que aspira à sua auto-negação na adesão das partes, isto é, no acto pelo qual as partes fazem sua a decisão. A mediação é, de algum modo, o termo médio entre a adjudicação e a negociação [19].

[19] O termo adjudicação é aqui usado no sentido técnico que lhe é atribuído na antropologia do direito e designa um modelo de decisão que se caracteriza pela imposição de uma determinação, normativamente fundada,

A estrutura da mediação corresponde de tal modo às necessidades argumentativas do discurso jurídico de Pasárgada que chegam a apresentar-se, como mediações, decisões que são de facto adjudicações (falsa mediação). Esta correspondência é simultaneamente estrutural e contextual. Estrutural, porque, como está hoje amplamente documentado na literatura antropológica, sempre que as partes estão envolvidas em relações multiplexas, isto é, relações de múltiplo vínculo (opostas às relações de vínculo único que se estabelecem entre estranhos), a continuidade das relações por sobre o conflito tende a criar um peso estrutural a cuja equilibração só a mediação se adequa [20].

---

que clara e inequivocamente favorece uma das partes com exclusão da(s) restante(s) (decisão ou/ou, vencedor/vencido ou ainda, segundo a teoria dos jogos, decisão de soma-zero). Ao contrário, a negociação e a mediação — que, como já se referiu, se distinguem entre si pelo papel desempenhado pela terceira parte e pelo grau de imposição possível — têm por objectivo um compromisso entre os litigantes, uma solução orientada pelo princípio minimax («ceder um pouco ganhar um pouco»). É hoje muito vasta a bibliografia sobre os estilos de decisão dos conflitos. Cfr., a título de exemplo, M. GLUCKMAN, *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia*, Manchester, 1955; P. BOHANNAN, *Justice and Judgment among the Tiv*, Londres 1957; E. A. HOEBEL, *The Law of Primitive Man*, Cambridge, Mass. 1954; B. COHN, «Some Notes on Law and Change in North India», in P. BOHANNAN (org.), *Law and Warfare*, Garden City, 1967, 139 e ss.; P. H. GULLIVER, «Dispute Settlement Without Courts: The Ndendeuli of Southern Tanzania», in LAURA NADER (org.), *Law in Culture and Society*, Chicago 1969; L. NADER, «Styles of Court Procedure: To Make the Balance», in L. NADER, (org.), *Law in Culture*, 69 e ss.; T. ECKHOFF, «The Mediator and the Judge», in V. AUBERT (org.), *Sociology of Law*, Baltimore, 1969, 171 e ss.; R. ABEL; «A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society», *Law and Society Review*, 1973, 217 e ss..

[20] Sobre esta questão ver a bibliografia indicada na nota anterior. M. GLUCKMAN *(ob. cit., passim)* foi o primeiro a elaborar o conceito de relações multiplexas no âmbito da antropologia jurídica.

M. GLUCKMAN parte da ideia de que as estruturas sociais africanas produzem relações sociais distintas das que dominam nas sociedades ocidentais, dando origem a tipos diferentes de litígios e a modos/processos também diferentes de resolução. Cfr. ainda de M. GLUCKMAN, *Politics, Law and Ritual in Tribal Society*, Oxford, 1965; *The Ideas in Barotse Jurisprudence*, New Haven,

Isto, porque, para além do mais, só a mediação pode subverter a separação entre o conflito processado e o conflito real, separação que domina a estrutura processual do direito do estado capitalista e que é a principal responsável pela superficialização da conflitualidade social na sua expressão jurídica. Mas a correspondência da mediação ao direito de Pasárgada é também contextual. Dada a precaridade do aparelho coercivo ao serviço deste direito, a reprodução da juridicidade tem de assentar na cooperação, e a probabilidade de que esta ocorra e se acumule de modo alargado é maximizada pela adopção de um modelo mediacional da decisão jurídica.

Os *topoi* são as peças fundamentais da engrenagem retórica do discurso jurídico de Pasárgada, mas não as únicas. Já mencionei as referências à legalidade do asfalto, ainda que aí se trate de uma retórica institucional que corre paralela à retórica do problema e que, ao pretender estabelecer uma atmosfera de oficialidade, entra numa área de interacção extremamente complexa e subtil, onde a dimensão da persuasão e a dimensão da coerção se misturam sob a dominância da primeira. Para além dos *topoi*, são usados muitos outros instrumentos retóricos: uns, de estrutura próxima da dos *topoi*, como, por ex., provérbios,

---

1965. No caso da distinção relações multiplexas/uniplexas o que está em causa é a configuração da distanciação social entre os participantes no litígio e a sua relevância para o processamento deste. D. BLACK utiliza este factor na explicação do recurso à intervenção da polícia em caso de litígios na sociedade americana, propondo, como hipótese, que este recurso é função positiva da distanciação entre os participantes («The Social Organization of Arrest», *Stanford Law Review*, 23, (1971) 1087 e ss.).

É hoje comunmente reconhecido que as relações multiplexas, quando intensas, comandam todo o contexto da decisão do litígio e de tal modo que o objecto ostensivo deste representa por vezes a expressão mínima de uma relação antagonística de longa duração entre duas famílias ou grupos (cfr. também B. COHN, *ob. cit.*, 156), uma observação que terá forçosamente de ser tomada em conta na análise do processamento oficial dos litígios sobretudo nas zonas rurais de Portugal.

máximas [21] e referências bíblicas, outros, de estrutura bastante diferente, como, por ex., clichés [22] e slogans [23], índices e sinais [24]. Todos estes recursos funcionam como lubrificantes do discurso,

[21] Até ao nosso século, ou mais propriamente até à consolidação do movimento de codificação, provérbios, aforismas e máximas foram considerados elementos constitutivos da prática forense e como tal foram estudados, nomeadamente na Alemanha *(Rechtssprichwörter)*. Cfr. J. F. EISENHART, *Grundsätze der Deutschen Rechte in Spruchwörtern*, Hemstadt, 1759 (consultei a edição preparada por WALDMANN e publicada em Berlim em 1935 sob o título: *Deutsches Recht in Sprichwörtern)*; JAKOB GRIMM, «Von der Poesie im Recht», *Zeitschrift für Geschichtliche Rechtswissenschaft*, vol. II (1816) 1, 25-99 (consultei a reimpressão publicada em Darmstadt em 1957); O. GIERKE, *Der Humor im Deutschen Recht*, 2.ª ed., Berlim, 1886. Uma análise recente de alguns aspectos desta temática em F. ELSENER, «Keine Regel ohne Ausnahme», *Festschrift für dem 45. Deutschen Juristentag*, Karlsruhe, 1964, 23-40. Pode reconhecer-se o eco da importância dos aforismas, provérbios e máximas jurídicos em G. RADBRUCH, *Aphorismen zur Rechtsweisheit*, Göttingen, 1963. No âmbito da antropologia do direito é conhecido e tem sido estudado o uso de provérbios e máximas na resolução de litígios, provérbios e máximas que, aliás, não têm de ter um perfil distintamente jurídico e podem ser retirados de outras áreas da acção social. É o que nos mostra MENSAH-BROWN no seu estudo sobre o povo Akan do Ghana («The Nature of Akan Native Law: a Critical Analysis», *Sociologus*, 220 (1970), 123. Vide R. ABEL, *ob. cit.*, nota 225).

[22] Ch. PERELMAN, *Traité*, 223, sobre os clichés: «Cette formule [o cliché] résulte d'un accord sur une manière d'exprimer un fait, une valeur, une liaison de phénomènes ou un rapport entre personnes... En effet, le cliché est, à la fois, fond et forme. C'est un objet d'accord qui s'exprime régulièrement d'une certaine manière, une formule stéréotypée qui se répète».

Os clichés (por exemplo, o modo como as partes se dirigem ao juiz), podem ser verbais ou não e tendem a ter grande durabilidade e difusão. Podem, no entanto, sofrer alterações bruscas, por exemplo, num período revolucionário. Sobre a mudança das insígnias dos magistrados franceses depois da Revolução Francesa, cfr. J. MAZARD, «Les insignes des magistrats et des auxiliaires justice sous la révolution», *Festschrift Guido Kisch*, Estugarda, 1955, 311-319. Do ponto de vista jus-sociológico é sobretudo importante investigar a variabilidade das consequências decorrentes da não observância dos clichés (por exemplo, em Portugal 1974-75 em comparação com os períodos anteriores e posteriores).

[23] Os slogans assumem a estrutura formal dos provérbios e máximas mas, ao contrário destes, não visam constituir uma normatividade estável e duradoura, ancorada num consenso tradicional. São criados para produzir acções específicas em circunstâncias determinadas. Chamam a atenção pelo

como aceleradores/retardadores retóricos — autênticos *pace-makers* do coração argumentativo —, cujo uso permite dosear a velocidade relativa, o ritmo, as paragens, os desvios e a direcção do discurso jurídico. Todos estes efeitos e atributos (muito especialmente a direcção) são interiores ao discurso. A partir da pré-compreensão do caso, que o presidente recolhe nos primeiros contactos com o litígio, estabelece-se um horizonte limitado de alternativas, que a pouco e pouco se vai afunilando, à medida que o discurso progride, ainda que tal processo/ /progresso não seja de modo nenhum irreversível. Aliás, o que caracteriza o discurso retórico, por oposição ao discurso lógico--sistemático, é a possibilidade permanente do acidente total, do regresso ao zero, ao gelo da rejeição, e do recomeçar de novo.

Um discurso jurídico dominado pelo uso de *topoi* é necessariamente um discurso aberto e permeável às influências de discursos afins. Assim o discurso jurídico de Pasárgada é investido de uma tonalidade ético-social que impede a cada momento a autonomização ou insularização da sua dimensão jurídica. Por outras palavras, a estrutura tópico-retórica do discurso transforma-se num antídoto eficaz do legalismo. [25]

seu ritmo, forma concisa e de fácil memorização. Cfr. CH. PEREMAN, *Traité*, 167. Por exemplo, nos E. U. A. o slogan «Law and Order» teve, sobretudo no tempo de Nixon, um impacto importante na administração da justiça.

[24] CH. PERELMAN sobre sinais e índices: «Nous entendons par *signes* tous phénomènes susceptibles d'évoquer un autre phénomène, dans la mesure ou ils sont utilisés dans un acte de communication, en vue de cette évocation. Qu'ils soient linguistiques ou non, l'important, pour nous, est l'intention de communiquer par laquelle ils sont caracterisés. L'*indice*, par contre, permet d'évoquer un autre phénomène, d'une façon, pour ainsi dire, objective, indépendamment de toute intentionnalité». *(Traité*, 164).

[25] No domínio da antropologia do direito um dos autores que mais atenção tem dedicado à questão do legalismo é L. FALLERS, *Law without Precedent: Legal Ideas in Action in the Courts of Colonial Busoga*, Chicago, 1969.

II. 2 — *A retórica do objecto*

A partir da retórica da decisão, melhor se compreenderá a retórica do objecto, do objecto do conflito tal como é processado pelo *forum* jurídico que a associação de moradores constitui.

O objecto do conflito não é fixado de uma só vez no início do processo. A sua apresentação pelas partes é apenas um ponto de partida para a intervenção constitutiva do presidente, que tanto pode ir no sentido da limitação como no do alargamento da proposta inicial. Neste domínio, a intervenção do presidente pode ser orientada por duas ordens de factores que, sem excessivo rigor, designarei por extrínsecos e intrínsecos, consoante são necessitados pelo contexto ou pela estrutura do discurso. No primeiro caso, incluem-se o que designo por *proto-políticas judiciais*, como, por exemplo, o facto de o presidente entender ser preferível não envolver a associação em matérias que digam respeito à actuação da polícia no interior da favela, uma fonte comum de atritos em razão da hostilidade (defensiva) do bairro contra a corrupção e a arbitrariedade da polícia [26]. No segundo caso, é a própria estratégia argumentativa que reconstrói o objecto de modo a maximizar a possibilidade de uma decisão que, cortando as múltiplas raízes da hostilidade entre as partes, ponha *realmente* fim ao conflito [27].

---

[26] Entre os Lozi, o Conselho *(Kuta)* além da função judicial exerce também as funções legislativa e administrativa. O objecto do litígio pode suscitar uma intervenção múltipla (multifuncional) do conselho, caso em que a área social inicialmente coberta pela iniciativa das partes no litígio será substancialmente ampliada. Cfr. M. GLUCKMAN, *The Judicial Process*, 9 e 69.

[27] M. GLUCKMAN *(The Judicial Process, passim)* verificou que o *kuta* tendia a ampliar o objecto da investigação judicial sempre que se tratava de litígios entre pessoas ligadas por relações multiplexas ou de múltiplo vínculo (por exemplo, relações de parentesco, amizade, vizinhança, propriedade, trabalho) e que, ao contrário, o objecto da investigação era mantido restrito sempre que se tratava de litígios entre estranhos.

Os propósitos do presidente, enquanto terceira parte, não têm de coincidir com os das partes (ou com os de uma delas), e a argumentação que a este propósito se gera faz com que o objecto do conflito seja, ele próprio, objecto de negociação entre os participantes, uma negociação em que a matéria relevante vai sendo sucessivamente resolvida e reaberta, até à decisão final. Aos termos desta negociação não é estranho o poder relativo dos participantes. Nesta ponderação, as partes não são necessariamente iguais perante o *forum* (e o presidente), e as suas posições relativas influenciam a medida da participação. Nesta, como noutras instâncias, e ainda que desigualmente, as partes nunca o são exclusivamente e a influência, por vezes decisiva, que exercem na construção do processo e nas decisões do juiz faz com que sejam de facto juízes intersticiais.

No seu conjunto, o processo não apresenta um critério inequívoco que permita distinguir com segurança entre matéria relevante e matéria irrelevante, de tal modo que o conflito processado pode vir a centrar-se em questões não originalmente suscitadas pelas partes mas trazidas à discussão pelo presidente, quer porque as partes, por ignorância, não souberam sintonizar o objecto do conflito com o *forum* em que se propuseram discuti-lo, quer porque uma delas, pelo menos, procurou conscientemente usar o *forum* com propósitos capciosos, quer ainda porque o presidente conclui que o objecto processado do conflito é uma parcela mínima do objecto real do conflito e que, portanto, a decisão será inútil se não cobrir a área litigiosa principal. Apesar disto, e do facto de adoptar um modelo de decisão assente na mediação, o direito de Pasárgada não elimina totalmente a separação, típica do direito oficial, entre objecto real e objecto processado. A separação mantém-se enquanto forma organizativa do discurso e é apenas relativizada e subordinada às necessidades argumentativas concretas ou às proto-políticas judiciais adoptadas.

Se não é clara ou irreversível a distinção entre questões relevantes e questões irrelevantes, ainda menos o é a distinção entre questões explícitas e questões implícitas. Qualquer discurso é um tecido composto de linhas visíveis e invisíveis. O processo judicial estatal dos nossos dias, juntamente com a institucionalização da separação objecto real/objecto processual (a verdade e os autos), estabelece formalmente a irrelevância do discurso implícito, salvo quando explicitamente determina o contrário (caso em que se não trata de discurso implícito em sentido próprio). Tal só é possível graças ao desenvolvimento tecnológico (da linguagem) do discurso jurídico estatal e à militante recusa do senso comum em que ele assenta. Ao contrário, o discurso jurídico de Pasárgada, porque próximo da linguagem comum e sua lógica, detém uma importante dimensão implícita (um não dito amplamente partilhado), sem a qual, aliás, não é inteligível o discurso explícito [28]. E entre o implícito e o

[28] A questão da implicitação é uma das mais complexas da análise do discurso em geral e do discurso jurídico em particular. No domínio da antropologia jurídica L. FALLERS é, sem dúvida, um dos autores que mais atenção dedicou a esta questão (*Law Without Precedent*, 314). É particularmente importante distinguir entre implicitação de conceitos e implicitação de factos (distinção que FALLERS também faz, 319), porque desta distinção podem derivar-se correlações teoricamente importantes. Por exemplo, em certas situações susceptíveis de serem controladas é de admitir, como hipótese de trabalho, que quanto maior for a implicitação dos conceitos menor será a dos factos e viceversa.

No domínio da sociologia e da etnografia da fala é sobretudo mérito dos etnometodólogos o terem demonstrado que a fala só é compreensível no interior da interacção social em que tem lugar. Daqui resulta que o discurso seja sempre indiciado ainda que o nível de indiciação varie. Cfr. P. PAOLO GIGLIOLI (org.), *Language and Social Context*, Harmondsworth, 1976, 13. Aliás, desde há muito antropólogos e linguistas têm vindo a chamar a atenção para o facto de que quanto maior é a identificação social entre os participantes na fala menor é o âmbito de elaboração e explicitação, o que de resto se reflecte na redução das alternativas sintácticas e léxicas. Como diz B. BERNSTEIN, «In these relationships the intent of the other person can be taken for granted as the speech is played out against a back-drop of common assumptions, common history, common interests. As a result, there is less need to raise meanings to the level of explicitness or elaboration. There is a reduced need to make explicit through syntatic choices the logical structure of the communication» («Social Class, Language and Socialization», in P. P. GIGLIOLI, *ob. cit.*, 165). No caso dos discursos profissionalizados, as regras de indiciação são, por assim dizer, mais explícitas, o que, aliás, se adequa à rigidez da interacção social em que têm lugar. Quanto mais explícitas forem essas regras e mais controlada a interacção social em que são accionadas menor é a área real de implicitação. Nestes termos a incompleição do discurso deixa de ser a medida da sua ambiguidade.

explícito intervêm uma série de actos discursivos intermédios, a que noutro lugar chamei genericamente *semi-formulações*, isto é, formulações que terminam (ou se interrompem) antes que seja possível retirar todas as implicações razoáveis do que foi dito, mas de tal modo que o que permanece implícito é suficientemente importante (e obscuro) para investir a fala de uma ambiguidade geral [29].

A construção do objecto do processo não se esgota, como é óbvio, nas questões relevantes/irrelevantes ou nas questões explícitas/implícitas. Para além disso, há que tomar em conta o modo de *apresentação* do «material» incluído, a *direcção* da inclusão e a *interpretação* que lhe é atribuída. Por outro lado, o âmbito da inclusão tem não só uma dimensão quantitativa, em que se atentou no precedente, como também uma dimensão qualitativa, ao nível da qual é preciso distinguir entre cobertura extensiva (ou de superfície) e cobertura intensiva (ou de profundidade) do «material» do discurso [30].

De tudo se conclui que, visto de uma perspectiva retórica, o objecto do processo é o processo do objecto.

[29] Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Law Against Law*, 172; «The Law of the Oppressed», 17.

[30] Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Law Against Law*, 234 e ss.; também L. FALLERS, *Law Without Precedent*, 107 e J. ESSER, *Vorverständnis*, 140.

II. 3 — *A retórica das formas e do processo*

A estrutura operacional dos sistemas jurídicos estatais contemporâneos assenta em distinções, mais ou menos rígidas, entre forma e conteúdo, processo e substância. Estas distinções garantem a reprodução da racionalidade formal que MAX WEBER arvorou em característica básica do direiro moderno e converteu em fonte de legitimação do poder político liberal. O que caracteriza, em seu tipo ideal, a racionalidade formal é o tratar-se de uma forma de arbitrariedade simultaneamente total e totalmente controlável. Assim, a distribuição rígida pelas categorias polares referidas (forma/conteúdo, processo/ /substância) está em total contradição com os princípios da lógica material e é, por isso, arbitrária. No entanto, precisamente porque o é, cria uma terra de ninguém, onde se torna possível o accionamento, tendencialmente sem restrições, de uma lógica tecno-operacional, um accionamento tanto mais eficaz e irrestrito quanto maior for a tecnologia conceitual e linguística, a profissionalização dos agentes, e a burocratização institucional.

Sem querer discutir agora o grau de realização do tipo ideal da racionalidade formal nos sistemas jurídicos estatais contemporâneos [31], o que pode dizer-se com segurança é que o direito de Pasárgada pouco tem a ver com este tipo de racionalidade. As distinções acima referidas, ainda que conhecidas do direito de Pasárgada, não têm nele qualquer rigidez. Usam-se formas e fórmulas e fazem-se exigências processuais — muitas das quais resultam de aquisições selectivas e transformadas do formalismo processual do direito oficial — mas sempre com uma grande flexibilidade. No domínio da prevenção dos conflitos, o processo da elaboração dos documentos varia de

[31] Vide, a título de exemplo, N. LUHMANN, *ob. cit., passim;* TERCIO FERRAZ Jr., *ob. cit.*, 78 e ss..

modo não totalmente padronizado, o interrogatório do presidente só tem lugar quando é necessário, os documentos não obedecem estritamente a formulários e a qualidade do papel varia, assim como o número de carimbos impressos ou o número de cópias produzidas.

Esta falta de uniformidade, que pode surpreender ou mesmo escandalizar quem a veja com os olhos etnocêntricos do direito oficial, não é, no entanto, caótica. É determinada pelas exigências normativas e de segurança, que se vão definindo ao longo do processo de prevenção ou de resolução dos conflitos. Em Pasárgada, as formas e os requisitos processuais mantêm um estrito carácter instrumental e como tal são usados apenas na medida em que podem contribuir para uma decisão justa da causa. Daí que ninguém possa ser prejudicado na sua pretensão apenas por falta de cumprimento de uma formalidade ou de um requisito processual. Isto não impede que a falta de cumprimento de requisitos formais ou processuais não seja por vezes invocada como fundamento da decisão, caso em que o discurso pode até parecer exageradamente formalista. Contudo, o recurso ao formalismo, em tais circunstâncias, só tem lugar para dar cobertura a uma decisão substantiva sobre o mérito da causa [32].

Daqui se pode concluir que, no direito de Pasárgada, os formalismos processuais são usados como argumentos. Longe de constituírem o limite externo do discurso jurídico — como parece ser o caso no direito oficial — fazem parte integrante dele. São recursos da economia retórica do discurso, usados segundo as regras por esta definidas. Isto significa que muitas das questões cuja decisão, no direito estatal, é mais ou menos automática ou mecânica (desde o tipo de documento aos prazos processuais) são, no direito de Pasárgada, objecto

[32] Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Law Against Law*, 501 e ss. (caso n.º 31).

de discussão e de argumentação [33]. Nisto consiste o carácter relativamente informal deste direito, uma caracterização, aliás, pouco adequada, por negativa. Positivamente, o que se constata é a amplitude acrescentada do espaço retórico do direito de Pasárgada em relação ao direito estatal.

Disse-se acima que as formalidades e os requisitos processuais do direito de Pasárgada são obtidos a partir do direito oficial. Trata-se apenas da apropriação da ideia geral dessas formas e processos, isto é, daquilo que neles facilita a maximização da segurança do comércio jurídico, sem permitir que se transformem num ónus que prejudique a acessibilidade e a eficiência do direito de Pasárgada. Assim, por exemplo, entende-se que os contratos, sobretudo os que envolvem a propriedade imóvel, devem ser reduzidos a escrito, como no direito oficial, mas o documento que se elabora tem as características de um documento particular facilmente obtível. Se algum dos intervenientes não sabe escrever, recorre-se à assinatura a rogo ou à impressão digital, mas nem uma nem outra é feita segundo os trâmites específicos do formalismo jurídico estatal. O cumprimento de tais trâmites, ou não seria possível, ou, sendo-o, seria

[33] Entre essas questões podem referir-se as que dizem respeito ao princípio do caso julgado e aos prazos de prescrição. Ao contrário do que sucede nos sistemas jurídicos estatais das sociedades complexas, nenhuma destas questões (excepções, no nosso direito) tem no direito dito primitivo uma natureza processual. Os «mesmos factos» podem voltar a ser objecto de decisão se houver razões substanciais para tal e, paralelamente, o facto de ter passado um longo período de tempo (nunca determinado com precisão) sobre a prática dos actos que são objecto do processo nunca é motivo, por si só, para o accionamento automático do mecanismo da prescrição. Por exemplo, no direito dos Soga tal facto é apenas um elemento importante na discussão da causa. Cfr. L. FALLERS, *Law Without Precedent*, 267 e 283.

Aliás, mesmo no direito estatal contemporâneo a aceitação do princípio do *ne bis in idem* é o resultado contraditório de uma complexa evolução histórica e a controvérsia gerada à sua volta foi sempre alimentada mais por considerações políticas globais do que por razões científico-dogmáticas. Cfr. G. SCHWARPLIES, *Die rechtsgeschichtliche Entwicklung des Grundsatz «ne bis in idem» im Strafprozess*, Zurique, 1970.

demasiado oneroso ou complicado e retiraria ao direito a acessibilidade que o caracteriza. O que está em causa, pois, é a configuração geral da forma e essa cumpre em Pasárgada as necessidades da segurança jurídica, tal como são concebidas pelos membros da comunidade.

Desenvolve-se assim, a partir do formalismo elaborado do sistema jurídico estatal, um formalismo popular. O muito que distingue estes dois tipos de formalismo não deve impedir o reconhecimento de homologias estruturais e sobretudo de postulados culturais por ambos partilhados. Por exemplo, ambos os tipos de formalismo assentam na distinção estrutural entre o oral e o escrito e ambos atribuem ao último uma carga potenciada de comprometimento [34].

[34] Embora a este respeito, como, de resto, em geral, os postulados culturais sejam em boa medida contraditórios não restam dúvidas que à expressão escrita é atribuído um maior poder, quer no domínio do cerimonial e ritual, quer no domínio do comprometimento social. Nos manuais de mágica os feitiços escritos são sempre mais poderosos, mais perigosos e mais difíceis de neutralizar. Nos manuais de amor é-se aconselhado a não escrever cartas enquanto se não pretender um compromisso sério. Curiosamente, no *Fedro* PLATÃO considera superior a eficácia da palavra falada em relação à escrita. Para ele o principal defeito da palavra escrita é o não poder adaptar-se aos diversos tipos de público (cfr. A. PLEBE, *Breve História*, 84 e s.). Esta relativa rigidez ou fixidez da escrita está talvez na raíz dos maiores poderes rituais e sociais que lhe são atribuídos. De uma perspectiva diferente mas paralela, YUEN R. CHAO atribui um certo conservadorismo à palavra escrita: «In practically all the alphabetic systems of writing of the present day orthography represents the language of an earlier stage». (*Language and Symbolic Systems*, Cambridge, Mass., 1974, 119). É talvez ainda um reflexo dos postulados culturais sobre a oralidade e a escrita o facto de alguns linguistas folcloristas continuarem a pensar que o texto escrito é sempre mais denso e complexo que o texto oral. Mas, como bem nota W. O. HENDRICKS, «as things stand now, the greater 'complexity' of written texts is merely an assumption» (*Essays on Semiolinguistics and Verbal Art*, Haia, 1973, 122). Por isso estava certo ARISTÓTELES (*Retorica*, III) ao preocupar-se sobretudo com as diferenças estruturais entre a oralidade e a escrita. Voltaremos a este assunto na última parte deste trabalho.

II. 4 — *A retórica da linguagem e do silêncio*

O discurso retórico é um discurso verbal, é sobretudo um discurso da *fala*. Daí a necessidade de conhecer em pormenor a linguagem jurídica em Pasárgada. O espaço retórico pode ser medido tanto segundo o âmbito da temática coberta — o que temos vindo a fazer — como segundo o âmbito do auditório relevante, apesar de, como é de ver, as duas medidas só parcialmente serem distintas. Em Pasárgada, o auditório relevante abrange não só as partes como os demais acompanhantes, que podem, aliás, participar na discussão, ainda que a sua participação, como de resto a das partes (mas em menor grau), esteja submetida ao ritmo e à direcção da argumentação propostos pelo presidente [35]. A circulação retórica entre participantes não profissionalizados pressupõe uma linguagem comum vulgar, não profissional, e é nessa linguagem que é vertido o discurso jurídico de Pasárgada. Isto não significa que se não use por vezes uma linguagem técnica que, semelhante às formas e processos, foi copiada selectiva e inovadoramente da linguagem técnica do direito estatal. Assim, por exemplo, as designações dos contratos, dos contratantes, e das sanções para o incumprimento, bem como certos termos técnicos, por exemplo, «benfeitoria», usados de resto com um sentido por vezes diferente do que têm no direito oficial. A linguagem técnica é sobretudo importante para criar a atmosfera de oficialidade e nessa base é um instrumento da retórica institucional que corre paralela e serve de suporte à retórica casuística de que se ocupa, em primeira linha, o discurso jurídico. A linguagem técnica, tal como o formalismo em geral, é um distanciador e como tal pode ser usado como expediente de recuo retórico sempre que,

[35] Sobre o auditório relevante vide PERELMAN, *Traité*, 22 e ss., que define o auditório em matéria retórica como «l'ensemble de ceux sur lesquels l'orateur veut influer par son argumentation» (25).

num dado momento do discurso, e segundo as regras de economia que lhe são próprias, tal recuo seja um acelerador da implantação persuasiva da normatividade e da decisão que dela decorre — o que pode ser sobremaneira importante num círculo de juridicidade em que, ao contrário do que sucede no direito estatal, tal distanciamento não está institucionalizado pela profissionalização e burocratização do trabalho jurídico [36].

[36] A linguagem técnica jurídico-estatal é hoje uma linguagem ultra-especializada cujas relações com a linguagem comum são tensas e complexas. Para alguns a linguagem jurídica representa um uso específico da linguagem comum e a sua especificidade é considerada irredutível (cfr. H. VISSER'T HOOFT, «La philosophie du langage ordinaire et le droit», *Archives de Philosophie du Droit* XIX, 18 e ss.). Outros, sem porem em causa tal especificidade, procuram sobretudo determinar as suas variações internas consoante o tipo de emissor do discurso jurídico (legislador, juiz, jurista) (cfr. M. VILLEY, G. KALINOWSKI, J.-L. GARDIES, «Indicatif et impératif juridiques. Dialogue a trois voix», *Archives de Philosophie du Droit*, XIX, 33 e ss.). Por outro lado, a linguística jurídica da Polónia distingue tradicionalmente entre a linguagem do direito (fundamentalmente a legislação) e a linguagem jurídica (dos juristas sobre o direito) Cfr. Z. ZIEMBINSKI, «Le langage du droit et le langage juridique. Les critères de leur discernement», *Archives de Philosophie du Droit*, XIX, 25 e ss.; J. WROBLEWSKI, «Semantic Basis of the Theory of Legal Interpretation» in Centre National Belge de Recherches de Logique, *La Theorie cit.*, 397 e ss.). Com intenções convergentes, TERCIO FERRAZ JR. distingue entre discurso judicial, discurso da norma e discurso da ciência do direito *(ob. cit.*, 61 e ss.). Por detrás de qualquer destas classificações respira o sonho iluminista e sobretudo montesquiano da criação de uma linguagem jurídica absolutamente inequívoca (um sonho que, afinal, não está muito longe da aplicação da lógica matemática ao direito, a Jurimétrica; cfr. também M. KRAMM, *Rechtsnorm und Semantische Eindeutigkeit*, Erlangen, 1970), uma linguagem estranha — de que falam SOURIOUX E LERAT, *Le Langage du Droit*, Paris, 1975 — para exprimir um fenómeno social tão universal como é o direito. Cfr. ainda J.-R. CAPELLA, *El Derecho como Lenguage*, Barcelona, 1968.

A homogeneidade da linguagem jurídica não pode ser presumida sobretudo no que respeita ao emissor privilegiado, o juiz. Na variação interna da linguagem judicial influem não só a própria estratificação interna da função judicial como sobretudo o facto de o discurso judicial ser de todos os discursos jurídicos aquele em que é mais imediata a tensão entre participantes profissionalizados (juiz, Ministério Público, advogados das partes, funcionários de justiça) e não profissionalizados (as partes, as testemunhas, o júri, o público). Nos estratos mais elevados da especialização funcional o discurso original tende e reduzir-se ao círculo profissional, sendo distribuído aos não profissio-

De novo em paralelo com o que se passa com as formas e requisitos processuais, a linguagem técnica do direito de Pasárgada não cria uma distância que implique ruptura, isto é, que altere de modo significativo e permanente o âmbito do auditório relevante. É uma linguagem técnica popular [37].

---

nais aquilo a que chamo o *desdiscurso*, isto é, um discurso simultaneamente de repetição e demolição em que o especialista desmonta o seu discurso original e, ao fazê-lo, desdiz-se.

Dadas as elaboradas etiquetas linguísticas e convenções estilísticas de que se rodeia, a linguagem jurídica oficial — como, de resto, a linguagem administrativa e a linguagem litúrgica — transforma-se numa quase linguagem secreta e, como bem nota J. GUMPERZ, nas linguagens secretas «mastery of the conventions may be more important in gaining social success than substantive knowledge of the information dispensed through these languages». (Cfr. «The Speech Community», in P. P. GIGLIOLI, *ob. cit.*, 227). Como veremos adiante, a profissionalização da linguagem jurídica é um reflexo (e também um indicador) da profissionalização das funções jurídicas em geral e, como tal, é um fenómeno com implicações sociológicas que transcendem em muito as que lhe são tradicionalmente atribuídas na filosofia da linguagem.

[37] Paralelamente ao que fizemos com o formalismo, introduzimos um conceito de *linguagem técnica popular* entre os conceitos de linguagem técnica tout court e de linguagem vulgar ou comum. O conceito de linguagem técnica popular nada tem a ver com conceito de *desdiscurso* apresentado na nota anterior, uma vez que, ao contrário deste, dá testemunho de uma inovação linguística visando a construção de alternativas institucionais.

A linguagem técnica, sendo a linguagem dominante no aparelho judicial, é ela também que impõe a concepção de linguagem comum adoptada no interior do aparelho. É, por exemplo, nos termos desta concepção que se definem as situações em que deve ser requerida a intervenção de intérpretes e tradutores no processo judicial. No entanto, esta concepção, puramente administrativa, passa em claro as importantes contribuições da sociologia e da antropologia sobre os limites da comunicação. Para estas ciências sociais, é hoje evidente que no seio de uma dada comunidade, mesmo da mais monoglota, existe uma multiplicidade de códigos sócio-linguísticos correlacionada com diferenças sociais culturais e regionais cujo impacto na comunicação é decisivo. Esta verificação suscita a necessidade da elaboração de uma etnografia da comunicação e sobretudo de uma etnografia da fala (cfr. D. HYMES, «Models of the interaction of language and social setting», *Journal of Social Issues*, vol. 23 (1967), 2; e «Toward Ethnographies of Communications: the Analysis of Communicative Events», in P. P. GIGLIOLI, *ob. cit.*, 21 e ss.).

As investigações mais recentes mostram que a ruptura da comunicação se dá muito aquém dos limites da comunidade administrativa da língua.

A questão da linguagem suscita a questão do silêncio, ainda que esta última e, consequentemente, as relações estruturais entre a linguagem e o silêncio tenham sido pouco discutidos pela linguística [38]. Aliás, à primeira vista, o silêncio é um não-tema, ou, o que é o mesmo, um tema trivial, pois que, sendo o silêncio apenas um vazio caótico entre as palavras faladas, não pode por isso ser analisado em si mesmo, mas tão só em termos das palavras que, pela ausência, o criam. Tive ocasião, noutro lugar, de refutar em pormenor esta concepção [39]. Basta reter para os objectivos do presente trabalho que o silêncio, longe de ser um vazio caótico, é uma realidade comunicativa estruturante, contida pela linguagem tal como esta é contida

---

Num estudo sobre a acção dos tribunais de uma grande metrópole norte-americana em processos penais envolvendo jovens delinquentes oriundos de minorias étnicas D. SWETT chegou à conclusão de que, apesar de o processo ser falado em inglês e de todos os participantes fazerem uso (superficial) do mesmo vocabulário, os postulados culturais e os códigos sócio-linguísticos eram de tal modo distintos que as mensagens se tornavam reciprocamente ininteligíveis, a ponto de os réus, no final, não saberem sequer se tinham sido condenados ou absolvidos. A propósito do caso *The People versus Young Beartracks*, D. SWETT comenta «...though all participants in this trial were ostensibly speaking English they were using two different vocabularies with two different sets of meanings. Witnesses did not understand or share the meanings of the vocabulary used by the professionals in the courtroom culture, and neither these gentlemen nor the jury understood nor shared the meanings of the vocabulary used by the witnesses» («Cultural Bias in the American Legal System», *Law and Society Review* 4 (1969), 98). Mesmo depois da eliminação da administração judicial colonial, a questão do impacto da multiplicidade dos códigos sócio-linguísticos na interacção judicial continua a ter a máxima acuidade entre nós. Refiram-se a título da exemplo duas situações: a penetração dos tribunais nas áreas rurais mais isoladas e o processamento dos imigrantes cabo-verdianos em Portugal pela polícia e pelo aparelho judicial.

[38] Se são necessárias uma etnografia e uma sociologia da fala, não o são menos uma etnografia e uma sociologia do silêncio. A análise da produção, distribuição e consumo de silêncio, quer a nível micro-social, quer a nível macro-social, é de crucial importância para o conhecimento das relações de poder no seio dos grupos, classes e instituições.

[39] Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Law Against law*, 261 e ss.

pelo silêncio [40]. Há assim um silêncio escrito e um silêncio falado, ainda que no âmbito da retórica jurídica aqui analisada só este último nos interesse. Tal como acontece com as palavras, também com o silêncio não só se dizem coisas como se fazem coisas e neste sentido o silêncio é um acto de fala, como diria J. L. AUSTIN [41]. Aliás, os juristas estão de algum modo familiarizados com esta concepção, e com a linguística do silêncio que ela implica, na medida em que recorrentemente atribuem consequências jurídicas específicas a actos de silêncio [42].

Há uma certa tendência na literatura jus-antropológica para medir o poder do juiz, ou terceira parte, no processamento da resolução do conflito pela sua capacidade para intervir e para dirigir o discurso através de perguntas, comentários, ordens, exclamações, etc.. Embora esta seja uma medida adequada em muitos casos, não deve, no entanto, esquecer-se que esse poder pode também ser exercido pela ausência de intervenções verbais, isto é, pelo uso autónomo e controlado do silêncio, podendo até suceder que o poder seja tanto maior quanto maior for o silêncio como é, por exemplo, o caso nos discursos sincréticos de tipo jurídico-religioso [43]. No entanto, por mais importante que seja a questão do uso (autónomo ou não, controlado ou não) do silêncio, o seu significado para a economia retórica do discurso só pode ser plenamente avaliado à luz da caracterização detalhada do silêncio, o que obriga a uma série de distinções como, por exemplo, entre silêncio específico e não específico, silêncio pesado e leve, silêncio processual e substantivo e, dentro deste último, entre silêncio de aceitação, de rejeição, de revolta, de aprovação não-entusiástica, etc., etc. [44].

[40] Assim, não é legítimo contrapor o silêncio à linguagem com base na ideia de que só há uma forma de silêncio, erro em que cai, por exemplo, K. H. BASSO, «'To Give Up on Words': Silence in Western Apache Culture», in P. P. GIGLIOLI, *ob. cit.*, 69. De facto há só uma forma de silêncio no mesmo sentido trivial em que há só uma forma de linguagem.

[41] J. L. AUSTIN, *How to do Things with Words*, Oxford (1962), 1978.

[42] Sobre o silêncio no direito, cfr. PERELMAN, *Traité.*, 145 e s..

[43] Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, «The Law of the Oppressed», 29 e ss., sobre o silêncio no discurso religioso hinduista. Ilustrações paralelas se poderiam encontrar no discurso religioso cristão.

A retórica do silêncio é um dos aspectos importantes do discurso jurídico de Pasárgada. O domínio que o presidente da associação de moradores exerce no discurso assenta numa articulação estruturada da fala e do silêncio e de tal modo que o peso excessivo (desestruturante) conferido a um deles tende a ser resposta a uma situação de emergência, uma reacção a um qualquer factor de perturbação exterior ao discurso. Mas a articulação fala/silêncio, sendo estruturada, não é monolítica, podendo mesmo distinguir-se nela duas sub-estruturas, presentes de modo sequencial no processamento do litígio. A primeira sub-estrutura, que tende a dominar a primeira fase do processo, é caracterizada, do lado do presidente, por silêncios não específicos, de longa duração, entrecortados por falas interrogativas multidireccionais e de curta duração. Esta estrutura adequa-se particularmente à obtenção de informação sobre a matéria em conflito por parte de quem está em melhor condições para a fornecer, isto é, as partes. O silêncio do presidente, ao dar às partes o controle da fala, dá-lhes também a ilusão do controle do discurso. Na realidade, o facto de o silêncio não ser específico e de, portanto, o presidente, através dele, não manifestar

[44] A decifração do significado contextual do silêncio pressupõe uma leitura estrutural das relações de comunicação em que tem lugar. K. H. BASSO, no estudo já referido (vide nota 40), chega à conclusão que entre os apaches ocidentais o silêncio é uma resposta à incerteza ou imprevisibilidade nas relações sociais *(ob. cit.*, 83). O que não se pode é conceber o silêncio como uma suspensão na comunicação, o que faz BASSO. Com base num dos exemplos por ele dados, quando no fim do ano lectivo os jovens apaches regressam à reserva vindos das escolas na cidade branca, o período inicial de silêncio entre os pais e eles, longe de representar a suspensão da comunicação, é antes um período em que, através do silêncio, os pais comunicam aos filhos os seus receios de que estes tenham perdido ou rejeitado as suas raízes apaches após um prolongado contacto com a cultura branca.

preferência por qualquer área de conhecimento ou de ignorância, cria um certo vazio ou confusão direccional no discurso que as partes procuram compensar ou ultrapassar, falando. Em suma, a terceira parte sabe que quanto menos perguntar mais sabe. A segunda sub-estrutura, que tende a dominar a segunda fase do processo, é, de algum modo, inversa. O controle da fala passa para o presidente e o seu discurso é entrecortado por silêncios específicos e curtos e sobretudo de índole processual. Uma vez que decidir é especificar e especificar é intensificar simultaneamente o conhecimento e a ignorância, esta estrutura adequa-se particularmente à fase decisória do processo, já que ela permite à terceira parte conhecer mais da matéria que quer conhecer e ignorar mais da matéria que quer ignorar, comunicando às partes a sua estratégia e convidando-as a reagir. Nesta sub-estrutura a fala e o silêncio são normativos, ainda que, na aparência, se relacionem factualmente com o conhecimento e a ignorância. Designam o que *deve* ser conhecido e o que *deve* ser ignorado. Acima de tudo assinalam que, nesta fase, a terceira parte procura sublinhar retoricamente o seu controle sobre o discurso jurídico.

A articulação fala/silêncio permite captar os diferentes ritmos temporais a que é submetido, em diferentes momentos, o processamento do litígio. Tais ritmos são fundamentalmente os ritmos do discurso jurídico e neles se condensam as múltiplas negociações em que os participantes intervêm ao longo do desenrolar do processo. O tempo dos actos discursivos é a chave da inteligibilidade do discurso no seu todo, pois, como se sabe, o tempo é o irmão da retórica, tal como o espaço é irmão da lógica apodítica. Apesar disto, a questão do tempo e do ritmo do discurso tem sido tão negligenciada como a questão do silêncio.

II. 5 — *A retórica das coisas*

O espaço retórico do direito de Pasárgada, para além da linguagem e do silêncio, é ainda composto de outros «materiais» a que dou a designação geral de *artefactos*. Os artefactos são sobretudo usados como instrumentos da retórica institucional que, apesar de correr paralela à retórica do litígio, como já foi referido, tem sobre esta uma acção por vezes decisiva. Na medida em que multiplica ou desmultiplica a legitimidade da associação como *forum* jurídico, a retórica institucional acaba por se transformar num elemento da reprodução da jurisdição/ /competência ao longo do processamento do litígio.

Entre os artefactos salientam-se o espaço físico (que nunca *é só* físico) da sede da associação, o mobiliário, os ficheiros, os cartazes, as máquinas de escrever, os carimbos, os formulários, os dossiers de legislação, os estatutos, etc.. O que os caracteriza em geral é o efeito da distanciação que procuram criar entre a associação, enquanto instituidora de normatividade, e a vontade das partes. A autoridade, de que a normatividade actuante é uma das expressões, resulta sempre da distanciação, e a legitimidade que lhe assiste não consiste na liquidação da distância, mas tão só na aceitação, por parte da colectividade relevante, dos critérios por que se mede. Na aceitação reside a proximidade possível (nunca total) através da qual, no caso em análise, a associação, sem deixar de ser uma expressão sócio--política da *comunidade*, se investe do mínimo de alteridade que lhe permite decidir *sobre* os litígios. Esta dialéctica da distância e da proximidade é muito sobredeterminada, uma vez que não existem no direito de Pasárgada os separadores mecânicos — como, por exemplo, a tecnologia conceitual, a profissionalização e a burocratização — que caracterizam o direito estatal contemporâneo.

No processo de ratificação, por exemplo, os formulários, a máquina de escrever e os carimbos são máquinas de estranheza por que passam sucessivamente os documentos até se autonomizarem em relação à vontade privada de que começaram por ser expressão [45]. Progressivamente, os documentos passam da órbita privada das partes para a órbita colectiva da associação, investindo-se da normatividade própria que esta institui. O produto da vontade transforma-se em produtor da vontade e é neste preciso trânsito que se define o carácter constitutivo da ratificação. Mas porque a associação consolida a sua posição de *forum* jurídico através da própria iniciativa das partes de lhe submeter os seus negócios e litígios jurídicos, a normatividade heteróctone da associação não pode nunca cortar o cordão umbilical que a liga à normatividade autóctone do comércio entre as partes.

Os artefactos são como que a pontuação do discurso e nessa qualidade assistem (no duplo sentido do termo) ao discurso. A sua presença *faz* normatividade, uma normatividade rizomática, para usar uma expressão derivada de DELEUZE [46], onde se vai implantando a normatividade vertical do discurso verbal. Isto mesmo pode suceder com os textos legais oficiais sobre favelas e associações de moradores, sempre que são empunhados pelo presidente contra vizinhos recalcitrantes com o objectivo de dramatizar a atmosfera de oficialidade e a alteridade normativa da associação. Nestes casos, a força normativa dos textos

---

45 As máquinas de estranheza são tanto mais eficazes quanto maior é o desfasamento arqueológico entre as suas formas e as formas das coisas que preenchem (e esvaziam) o quotidiano do grupo social. Referindo-se à máquina de escrever, M. MCLUHAN salienta a autonomia e a independência da escrita produzida pela expansão maciça do seu uso nos finais do séc. XIX, a mesma autonomia e independência que, segundo CHARLES OLSON, a máquina de escrever conferia a voz do poeta. Cfr. M. MCLUHAN, *Understanding Media: The Extensions of Man*, Nova Iorque, 1964, 227 e ss..

46 G. DELEUZE e F. GUATTARI, *Rhizome*, Paris, 1976.

não resulta do conteúdo específico destes, mas do facto de serem *textos* e de serem *oficiais*. Isto é, são utilizados como fetiches jurídicos e, como qualquer outro fetiche, representam uma retórica congelada, um silêncio das coisas que torna as palavras do discurso hiper-faladas [47].

III. O espaço retórico do direito de Pasárgada e do direito estatal

Se compararmos o direito de Pasárgada com o direito oficial dos estados contemporâneos e sobretudo dos estados capitalistas — à luz do direito brasileiro que, para este efeito, deve ser considerado representativo — fácil é concluir que o espaço retórico do direito de Pasárgada é muito mais amplo do que o do direito estatal. Sistematizando e controlando um pouco mais esta conclusão, constata-se que quaisquer que sejam os indicadores utilizados para determinar a variação do espaço retórico, a verificação é sempre favorável ao direito de Pasárgada. Assim [48]:

1. *Recursos tópico-retóricos.* Ao invés do discurso jurídico estatal, o discurso jurídico de Pasárgada faz um grande uso de *topoi* e, simultaneamente, um escasso uso de leis. Independentemente dos elementos retóricos que duma ou doutra forma

---

47 O uso fetichístico dos textos oficiais é particularmente bem ilustrado no caso n.º 21 de B. DE SOUSA SANTOS, *Law Against Law*, 439 e ss..

48 No que se segue a contraposição entre o direito de Pasárgada e o direito estatal é apresentada por vezes em termos dicotómicos. A isso se recorre (quando se recorre) por razões de explicitação analítica, pois, na realidade, os valores polares são raramente obtíveis. Ao invés, a frequência absoluta é no sentido de valores ou posições diferenciados no interior de uma gradação ou continuam. Aliás, a recusa de uma teorização bipolar está implícita no objecto teórico desta investigação, ao transformar o discurso retórico numa variável sociológica correlacionada sistematicamente com outra ou outras variáveis.

sempre intervêm na aplicação das leis a casos concretos, não restam dúvidas que estas são vulneráveis a uma utilização sistemática e dogmática, uma vulnerabilidade que se agudiza com a profissionalização e a burocratização das funções jurídicas. E para além dos *topoi*, o discurso jurídico de Pasárgada recorre ainda a um complexo arsenal de instrumentos retóricos [49].

2. *Modelo decisório: mediação* versus *adjudicação*. O direito de Pasárgada assenta no modelo da mediação que, ao contrário

[49] Ilustrando a advertência feita na nota anterior, deve ter-se em conta que o papel das normas jurídicas no processamento dos litígios nas instituições jurídicas estatais (sobretudo nos tribunais) não pode ser de modo nenhum absolutizado. Como já está dito, a filosofia do direito e também a sociologia e a antropologia do direito, ainda que em termos diferentes (que é nosso objectivo esclarecer), reconhecem o papel da tópica retórica no discurso jurídico oficial. E para além disto há toda uma série de factores, sobretudo de ordem política geral, que condicionam a acção dessas instituições, e de tal modo que a sociologia do direito dispõe hoje de ampla prova empírica de que o processamento oficial dos litígios só em parte é guiado por normas jurídicas. Isto, porém, não significa automaticamente o alargamento do espaço retórico; pelo contrário, pode conduzir à sua redução e as condições em que isto tem lugar ocupam o centro da investigação no presente estudo. Em face do precedente, não admira que a questão da distinção entre o *jurídico* e o *político* seja hoje uma das questões centrais da teoria social do direito, dentro e fora do marxismo. A absorção recíproca dos dois conceitos, qualquer que seja o seu sentido, não resolve, nem os problemas teóricos, nem os práticos, como não os resolve a posição oposta da separação tendencialmente absoluta entre eles. A sociologia jurídica (e em parte também a antropologia jurídica), tendo recebido o conceito de direito da ciência jurídica, começou por pressupor ingenuamente a distinção clara entre o jurídico e o político (na sociologia, por exemplo, P. SELZNICK, *Law, Society and Industrial Justice*, Nova Iorque, 1969; na antropologia, L. POSPISIL, *Antropology of Law: A comparative theory*, Nova Iorque, 1971; L. FALLERS *Law Without Precedent;* P. GULLIVER, *Social Control in an African Society. A study of the Arusha: agricultural Masai of Northern Tanganyka*, Londres, 1963). Mas esta posição tem vindo a ser progressivamente abandonada (o próprio GULLIVER nuanceou consideravelmente a sua posição inicial, como se pode ver em «Dispute Settlement Without Courts: the Ndendeuli of Southern Tanzania» in L. NADER, *Law in Culture and Society*, Chicago, 1969, 24 e ss.; cfr. por todos R. ABEL, «A Comparative Theory», 232 e ss., onde também se mostra que no domínio da antropologia jurídica a questão tem-se centrado sobretudo na distinção entre litígios jurídicos e litígios políticos).

do modelo de adjudicação, está expressamente orientado para a contabilização plena dos méritos relativos das posições no litígio e que, por essa via, maximiza o potencial de persuasão do discurso e o consequente potencial de adesão à decisão.

3. *Autonomia relativa do pensamento jurídico*. Sendo o discurso jurídico de Pasárgada de forte dominância tópico-retórica, é um discurso jurídico não legalístico e, por isso, o pensamento jurídico que projecta é um pensamento essencialmente quotidiano e comum. Ao contrário do que sucede com o pensamento da dogmática jurídica, não tem de sublimar, mediante sucessivas próteses técnicas, o que há nele de quotidiano e de vulgar. É um pensamento tosco *(das plumpe Denken)*, como lhe chamaria WALTER BENJAMIN por referência a BRECHT.

4. *Constituição do universo processual*. A constituição do universo processual separado da conflitualidade que deu azo ao seu accionamento é sempre precária e reversível no direito de Pasárgada. Ao contrário do que sucede no direito estatal, a estrutura organizativa do processo da Pasárgada não exige a fixação à partida da distância (a respeitar) entre o objecto real e o objecto processado do litígio. Ainda que tal distância exista e seja uma determinante estrutural do processo, a sua fixação (nunca definitiva) é função da economia retórica do discurso. Paralelamente, o objecto processado do litígio — e, através dele, o próprio objecto real do litígio — nunca é estabelecido com rigidez pois ele mesmo é objecto de negociação no decurso da argumentação sobre a matéria relevante.

5. *Formalização da interacção*. A interacção jurídica em Pasárgada é muito mais informal do que a programada pelo direito estatal, sendo muito pouco rígidas as distinções entre forma e conteúdo ou entre processo e substância. Daí que o espaço retórico cubra áreas que no direito oficial estão vedadas

à argumentação. Daí também que enquanto o direito estatal tende a ser severo no que respeita ao formalismo e indulgente no que respeita ao conteúdo ético — já que se atribuem consequências substantivas de monta a violações formais mínimas, enquanto a transgressão ética no domínio do direito civil tem de atingir grande gravidade antes de poder ser controlada — no direito de Pasárgada é a tendência inversa que domina.

6. *Linguagem de referência.* O discurso jurídico de Pasárgada é vertido em linguagem comum e os elementos tecnológicos que por vezes inclui são sempre uma tecnologia leve que propicia uma melhor apropriação da realidade sem para isso ter de expropriar competências linguísticas. Não têm, assim, lugar a ruptura linguística (quase sempre acompanhada da ruptura profissional) nem as consequentes amputações do auditório relevante que no direito estatal são responsáveis pela objectualização dos sujeitos originais do processo.

7. *A divisão do trabalho jurídico.* O carácter da linguagem jurídica de Pasárgada é concomitante do baixo grau de especialização/profissionalização das funções jurídicas. A não profissionalização do juiz facilita uma circulação retórica que tende a subverter qualquer divisão rígida do trabalho jurídico, o que, por esta via, potencia a proximidade entre o agente privilegiado do discurso (o presidente), os demais participantes e o auditório relevante. Pode haver mesmo momentos de grande «confusão de papéis», em que a terceira parte se senta no «banco dos réus», ou de qualquer outro modo assume mais o papel de parte do que o de juiz, enquanto as partes se afirmam como juízes intersticiais. Estas subversões momentâneas, longe de pôr em causa a posição estrutural dos participantes, são transgressões que permitem dramatizar a legitimação da estrutura, a qual, na ausência de recursos institucionais ou coercitivos, não pode ser imposta rígida e mecanicamente.

De tudo isto duas conclusões parecem incontroversas: *o espaço retórico do discurso jurídico é susceptível de variação; o direito de Pasárgada tende a apresentar um espaço retórico mais amplo que o do direito estatal.* Trata-se agora de procurar uma explicação sociológica para estas constatações. A estratégia científica que subjaz a este trabalho exige que a fundação teórica se comece por revelar numa base analítica ampla e multidireccional a partir da qual sejam possíveis especificações teóricas anteriormente impensadas (e, no melhor dos casos, impensáveis). No âmbito da presente investigação, o procedimento aconselhável consiste em começar pela comparação alargada e minimamente sistemática entre o direito de Pasárgada e o direito estatal dos países capitalistas (para este efeito representados pelo estado brasileiro), com o objectivo de identificar factores exteriores ao espaço retórico em que se constatem diferenças estruturais que, à luz dos conhecimentos presentes da sociologia e da antropologia do direito, revelem de modo verosímil e significativo as linhas explicativas da variação do espaço retórico [50].

Uma vez feita essa comparação, com os limitados meios disponíveis [51], dois factores ressaltam: o nível de institucionalização da função jurídica e o poder dos instrumentos de coerção ao serviço da produção jurídica. São factores distintos, ainda que ambos decisivos para a determinação do modo de produção

---

[50] No seguimento de um dos esquemas tradicionais da «explicação» sociológica positivista, trata-se de elaborar as variáveis independentes que permitam (criar as bases para) uma explicação da variável dependente, a dimensão retórica, no nosso caso. As variáveis independentes não devem ser em número tal que não possam ser realisticamente exploradas mas a sua proliferação não está neste estudo limitada apenas por critérios pragmáticos. Ao contrário, a selecção é feita em função dos pressupostos e objectivos teóricos da investigação. Sobre esta questão entre nós, FERREIRA DE ALMEIDA e MADUREIRA PINTO, *A Investigação nas Ciências Sociais*, Lisboa, 1976, 115 e ss.

[51] A escassez dos meios resulta de a análise sociológica comparada ter sido raramente tentada com o carácter geral que aqui propomos. Uma das poucas tentativas neste sentido — uma tentativa notável, aliás — é a de R. ABEL *ob. cit., passim.*

social da juridicidade. O primeiro diz respeito ao processo de produção em si e às relações técnicas e sociais que se geram no seu seio, enquanto o segundo, apesar de relevar directamente das relações de produção, diz especificamente respeito ao modo de distribuição e consumo da produção jurídica [52]. Esta distinção, útil pelas suas virtualidades analíticas, não é aqui entendida em termos positivistas, avisados como estamos, desde a *Introdução à Crítica da Economia Política* (1857) de KARL MARX, de que a distribuição e consumo são momentos da produção tal como esta é daqueles, independentemente das relações específicas que entre eles se possam estabelecer e que no modo de produção capitalista, por exemplo, atribuem ao momento da produção um papel determinante, — do que, de resto, MARX também nos adverte na *Crítica do Programa de Gotha* (1875), depois de nos fornecer em *O Capital* (1867) a fundamentação teórica global deste ponto [53].

[52] A relação dialéctica entre os dois factores aqui proposta é por ora uma mera hipótese de trabalho. Aliás, não é à partida menos verosímil a hipótese oposta. Pode até suceder que na constituição que aqui lhes é dada qualquer destes factores inclua momentos de produção e de distribuição da juridicidade (ainda que de modo diverso e qualitativamente desigual).

[53] No início do trajecto explicativo há que fazer um esclarecimento que consabidamente não será total, dado o estado incipiente do trabalho teórico sobre a questão a que diz respeito. Nas páginas que se seguem tornar-se-á evidente que na investigação aqui apresentada se recorre a instrumentos metodológicos da sociologia positivista com vista à elaboração de uma teoria marxista do direito e do estado nas sociedades capitalistas contemporâneas. Trata-se de uma opção teórica e epistemológica polémica que, por enquanto, avança (se avança) por saltos no desconhecido. Esta opção tem uma história, a história de uma certa frustração (e consequente estagnação) no interior do paradigma sociológico marxista perante a inconsequência de duas opções anteriormente seguidas.

A primeira consistiu em estabelecer um cordão sanitário à volta da metodologia da ciência social positivista por se temer que o seu uso (sobretudo no que respeita aos critérios de prova) viesse a corromper a pureza teórica do marxismo. Verificou-se, contudo, que o que se ganhou em pureza teórica perdeu-se em consistência analítica. Da pureza teórica à pobreza teórica vai um passo difícil de medir, e o reconhecimento disso é sempre frustrante, sobretudo quando com a teoria se jogam também as estratégias políticas dela

Quanto ao primeiro factor, considera-se institucionalizado o exercício da função jurídica que se caracteriza: pela divisão interna e externa do trabalho jurídico e a consequente tendência para a profissionalização; pela hierarquização técnica e social do exercício das tarefas que integram a função; pela actuação padronizada e impessoal sujeita a critérios específicos de competência e a princípios e normas de racionalidade sistémica [54].

decorrentes. A segunda alternativa, em oposição à precedente, partiu da crença nas virtualidades da teoria marxista para bater o positivismo no seu próprio terreno, submetendo as categorias marxistas aos critérios de operacionalidade positivistas para sobre elas constituir investigações empíricas irrefutáveis. O mérito desta alternativa foi de algum modo excessivo na medida em que, ao transformar a lógica dialéctica da teoria marxista num apêndice supérfluo, conduziu a uma certa funcionalização do marxismo com consequências estratégicas igualmente derrotistas.

Tenta-se agora de muitos lados, no campo marxista, uma terceira via que, sem abrir mão da lógica global do marxismo, procura maximizar a contribuição teórica e sobretudo metodológica da ciência social positivista (nomeadamente, nas suas versões funcionalista e estrutural-funcionalista) com vista à criação de campos analíticos simultaneamente vastos e rigorosamente mapeados. Aí beberão novas forças tanto a teoria como a estratégia de transformação social no sentido do socialismo. É hoje fácil reconhecer que é tão urgente produzir investigação empírica quanto evitar o empiricismo; difícil é converter esse reconhecimento num itinerário metodológico seguro. Na investigação aqui apresentada — que se vê integrada nesta terceira alternativa — os dois problemas mais difíceis são os seguintes: por um lado, o receio de não ceder ao nível da lógica teórica pode dar origem a sobreposições analíticas mais ou menos desarticuladas; por outro lado, a própria teoria pode não se reconhecer minimamente no campo analítico criado e assim inviabilizar qualquer possibilidade para nele se enriquecer e transformar. Como se disse, a terceira alternativa é por enquanto um salto no escuro, ainda que um salto pujante — e também desesperado. Sobre esta alternativa, vide as obras de E. O. WRIGHT, G. THERBORN, C. OFFE e HIRSCH citadas na nota n.º 1 e ainda A. PRZEWORSKI e J. SPRAGUE «A History of Western European Socialism», trabalho apresentado na reunião anual da *American Political Science Association* realizada em Washington, DC, em Setembro de 1977. Cfr., por todos, R. KEAT e J. URRY, *Social Theory as Science*, Londres, 1975.

[54] O conceito de institucionalização está originariamente ligado à ideia de recorrência de um dado padrão de comportamento. Na sua definição mínima aponta para uma multiplicidade estruturada de papéis sociais.

Um dos problemas básicos da análise correlacional consiste na operacionalização dos conceitos. O excessivo rigor neste domínio é normalmente

A institucionalização admite graus diversos, podendo ser maior ou menor a divisão do trabalho, mais ou menos rígida a hierarquização, mais ou menos padronizada e impessoal a actuação. Quando plenamente institucionalizado, o exercício da função jurídica constitui um aparelho burocrático no qual, aliás, se deve distinguir, para efeitos analíticos, o aparelho institucional (a dimensão funcional propriamente dita) e o aparelho ideológico (a dimensão lógico-sistemática) [55].

o resultado (e a compensação) da falta de perspectivação teórica de longo alcance. O importante é que as dimensões internas ou indicadores do factor sejam nele logicamente subsumíveis e não possam desempenhar isoladamente o que ao factor se atribui no seu conjunto. O factor da institucionalização, em especial o seu último componente, está muito próximo (embora seja bastante mais restrito no âmbito) do conceito de racionalidade formal de M. WEBER (sobre este tema cfr. D. TRUBEK «Max Weber on Law and the Rise of Capitalism», *Wisconsin Law Review*, 1972, 720 e ss.). Por outro lado o componente da divisão interna é aparentado com o conceito de diferenciação de papéis tal como é aplicado por R. ABEL, *ob. cit.*, 250 e ss..

O conceito de institucionalização aqui proposto nada tem a ver com o conceito de «institucionalização dupla» utilizado por P. BOHANNAN para distinguir o direito do costume («The Differing Realms of the Law», in P. BOHANNAN (org.), *Law and Warfare*, 43 e ss.).

55 A institucionalização plena da função jurídica não é mais do que um tipo ideal no sentido de MAX WEBER. Sociólogos e antropólogos têm mostrado uma grande predilecção pela construção de tipos ideais e é com base neles que na sociologia e antropologia jurídicas se têm vindo elaborar uma série de tipos ideais dispostos em dicotomias, tais como: direito primitivo ou tribal/direito moderno (RADCLIFFE-BROWN, «Primitive Law» in *Encyclopedia of the Social Sciences*, 1933; ROBERT REDFIELD, «Primitive Law» in P. BOHANNAN (org.) *ob. cit.*, 3 e ss.; A. S. DIAMOND, *Primitive Law Past and Present*, Londres, 1971); direito repressivo/direito restitutivo (E. DURKHEIM, *De La Division du Travail Social*); mediação/adjudicação (ECKHOFF, *ob. cit.*). Para M. WEBER o tipo ideal representa sempre uma «acentuação unilateral» de um ponto de vista ou perspectiva, ou melhor, a síntese de um conjunto muito amplo, difuso e heterogéneo, de fenómenos individuais organizados sob a égide do ponto de vista unilateralmente acentuado para constituir um conceito analítico (cfr., M. WEBER, «Ideal Types and Theory Construction» in MAY BRODBECK (org.) *Readings in the Philosophy of the Social Sciences*, Londres, 1970, 496 e ss.). Um dos maiores riscos desta metodologia consiste em que, ao ser utilizada por cientistas sociais carecidos da erudição de M. WEBER, pode dar origem a construções estereotipadas donde não é possível obter qualquer orientação válida para a elaboração de hipóteses. Por outro lado,

Não são necessários grandes esforços de investigação para concluir que, nos nossos dias, o direito oficial do estado capitalista apresenta, em geral, um elevado grau de institucionalização da função jurídica [56]. A função jurídica não só se autonomizou em relação às demais funções sociais como, internamente, atingiu elevada especialização, dando origem, não a uma, mas a várias profissões jurídicas com tarefas rigidamente definidas e hierarquizadas [57]. A sistematização (padronização e

centrando-se na organização de dicotomias, revela-se uma metodologia estática onde não é possível descobrir nem as relações entre os opostos nem as gradações mediando entre eles. Daí que alguns autores, entre os quais R. ABEL, a tenham abandonado, substituindo-a pela correlação de variáveis. No entanto, ao contrário do que pensa R. ABEL (*ob. cit.*, 241 e ss.), não me parece necessário contrapor nestes termos as duas metodologias, podendo mesmo ser usadas complementarmente. Basta para isso que os tipos ideais sejam convertidos em factores cuja variabilidade constitui o centro da explicação. É isso o que se tenta fazer neste estudo com cada um dos factores utilizados. Aliás, quando construídos dicotomicamente os tipos ideais dificilmente se distinguem das variáveis dicotómicas. Cfr. FERREIRA DE ALMEIDA, MADUREIRA PINTO, *ob. cit.* 116 e ss..

56 O grau de institucionalização da função jurídica é determinado a nível macro-social; não é possível através dele obter informações precisas sobre a distribuição ou diversificação internas da institucionalização. No seio de uma dada unidade social ou ordem jurídica as várias funções não são todas desempenhadas ao mesmo nível de institucionalização. Algumas destas funções podem até ser desempenhadas de modo semelhante ao que é típico das funções paralelas em sociedades concebidas neste estudo como tendo um baixo nível de institucionalização. O procedimento analítico adoptado só pretende conhecer as estruturas dominantes e o modo dominante de as accionar.

57 É imensa a bibliografia sobre as profissões jurídicas. Ao nível de análise em que nos movemos não é necessário entrar em especificações que a outros níveis seriam de crucial importância. Assim, mesmo nos países com um nível de institucionalização da função jurídica em geral elevado, podem ser significativamente diferentes os perfis ideológico-profissionais das várias profissões jurídicas. Cfr., por exemplo, J. CARLIN, *Lawyers on Their Own: A Study of Individual Practitioners*, Nova Iorque, 1962; E. O. SMIGEL, *The Wall Street Lawyer: Professional Organizational Man?* Nova Iorque, 1964; ABEL-SMITH e R. STEVENS, *Lawyers and the Courts: A Sociological Study of the English Legal System 1750-1965*, Londres, 1967; E. MORIONDO «The value-system and professional organization of Italian Judges» in V. AUBERT (org.), *ob. cit.*, 310 e ss.; R. DAHRENDORF, «Law faculties and the German upper class» in V. AUBERT (org.), *ob. cit.* 294 e ss..

impessoalização) da actuação derivam não só da lógica normativa-constitucional que subjaz à filosofia política do estado liberal [58] como, mais imediatamente, do vasto arsenal do formalismo jurídico em geral e do formalismo processual em especial e ainda da profissionalização do contexto em que estes são accionados. A autonomização e a sistematização da função jurídica — concomitantes, aliás, da produção de uma ideologia específica, o legalismo [59] — têm a sua reprodução alargada garantida pela ciência jurídica, a chamada dogmática jurídica, sobretudo através da pesada tecnologia linguística e conceitual e da criação de um universo teórico onde se segregam as coerências sistémicas do fragmentário e fragmentante agir técnico-jurídico. Por esta via se consolidam as especializações/diferenciações funcionais e novas divisões técnicas e sociais do trabalho jurídico, inclusivamente a divisão entre o trabalho prático-utilitário e o trabalho científico-dogmático, uma divisão estruturalmente homológica da que intercede entre trabalho manual e trabalho intelectual.

Comparado com o direito estatal, o direito de Pasárgada apresenta um grau de institucionalização muito baixo, como, aliás, decorre da análise precedente do seu discurso e que me dispenso agora de repetir. A função jurídica é uma das várias desempenhadas pela associação de moradores e de algumas

[58] Para citar apenas duas obras de síntese recentes: G. POGGI, *The Development of the Modern State*, Londres, 1978; B. FINE et al. (orgs.), *Capitalism and the Rule of Law*, Londres, 1979.

[59] A caracterização do legalismo enquanto ideologia profissional é uma das mais complexas tarefas da sociologia do direito. O procedimento analítico mais seguro consistirá em partir das estruturas de institucionalização das funções jurídicas, sobretudo das que respeitam à especialização e à profissionalização para com base nelas reconstruir os códigos sub-culturais estruturalmente homológicos. É este o procedimento adoptado por L. FALLERS *(ob. cit.)* ao ver na especialização das funções judiciais a emergência de um modo «arbitrário» de eliminar a complexidade moral e social das questões, reduzindo-as a um número limitado de parâmetros bem definidos. Esta análise coincide em geral com a de N. LUHMANN *(ob. cit.)* que converte a absorção de complexidade em princípio básico do processo judicial.

delas não se distingue facilmente. Por outro lado, o presidente da associação tem um pequeno comércio em Pasárgada e é membro destacado de uma das muitas organizações religiosas activas na comunidade, exerce as funções na associação, incluindo a função jurídica, a par das suas actividades comerciais e religiosas. No domínio da prevenção dos litígios (processo de ratificação dos negócios jurídicos) não existe divisão nítida entre as funções do presidente e as do secretário da associação. Apesar de a associação, pelo seu presidente, ser o agente privilegiado do discurso jurídico, a participação no exercício das tarefas é mais determinante que a hierarquização das funções e esta, na medida em que existe, é também objecto de negociação e argumentação e não está, portanto, sujeita a critérios rigidamente aplicados. Por último, a padronização é sempre precária e sempre determinada pela lógica tópica e não investe nunca a actuação jurídica de um carácter impessoal que, aliás, colidiria com o princípio de interacção social duma sociedade dominada por relações primárias de face a face.

O contraste entre o direito de Pasárgada e o direito estatal não é menos flagrante no que respeita ao segundo factor, o poder dos instrumentos de coerção ao serviço da produção jurídica. Por instrumentos de coerção entende-se o conjunto dos meios de violência que podem ser legitimamente accionados para impor e fazer cumprir as determinações jurídicas obrigatórias. Os instrumentos de coerção podem ser mais ou menos poderosos, quer pelo tipo de acções violentas que podem accionar, quer pelo tipo de condicionalismos a que tal accionamento está sujeito, quer ainda pelo efeito de neutralização relativa resultante das acções paralelas ou contrárias de outros instrumentos de coerção existentes no mesmo espaço sócio-jurídico. Os instrumentos de coerção constituem um aparelho coercitivo quando: estão organizados segundo o princípio de eficiência total; o accionamento não conhece outros condicionalismos

se não os que decorrem da aplicação de normas e regulamentos gerais; a actuação é monopolística na medida em que assenta na liquidação de instrumentos coercitivos concorrentes.

Não restam dúvidas que a produção jurídica dos estados capitalistas contemporâneos, em geral, têm ao seu serviço um poderoso e complexo aparelho coercitivo detentor do monopólio da violência legítima, que envolve várias forças policiais, para-militares e militarizadas e, em caso de emergência, as próprias forças armadas, para além do universo totalitário das instituições que integram o sistema prisional [60]. Este aparelho coercitivo, inscrito desde o início na lógica do modelo constitucional do estado liberal, está na raiz da conversão do direito em centro de disciplinação e de controle social do estado capitalista. Uma das suas características principais reside em que a sua eficiência não resulta apenas das medidas efectivamente accionadas mas também da simples ameaça do accionamento, isto é, do discurso da violência que, aliás, se nuns casos é verbal, noutros resulta tão só da presença demonstrativa (agressivamente silenciosa e silenciante) dos artefactos da violência legal. E entre a repressão da transgressão e a ameaça há ainda que referir o domínio crescentemente importante da repressão preventiva, isto é, o conjunto de medidas accionadas para desmantelar tudo o que o aparelho coercitivo define como plano de transgressão da legalidade [61]. Pode mesmo dizer-se que o dispendioso

[60] Dentre a amálgama bibliográfica sobre o assunto, cfr. as quatro seguintes obras representativas de outras tantas perspectivas teóricas sobre o universo prisional: G. SYKES, *The Society of Captives: A Study of a Maximum Security Prison*, Princeton, 1958; M. FOUCAULT, *Surveiller et Punir*, Paris, 1975; D. MELOSSI e M. PAVARINI, *Carcere e Fabrica*, Bolonha, 1977; M. IGNATIEFF, *A Just Measure of Pain, The Penitentiary in the Industrial Revolution 1750-1850*, Londres, 1978.

[61] Cfr. a análise mais recente da repressão preventiva na Alemanha Federal em SOUSA RIBEIRO, «Estado de Direito e Repressão, a *Berufsverbot* na Alemanha Federal», *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 3, Dez. 1979. Cfr. também P. BRUCKNER e A. KROVOZA, *Staatsfeinde. Innerstaatliche Feinderklärung in der Bundesrepublik*, Berlim, 1976.

apetrechamento tecnológico e profissional do aparelho coercitivo das sociedades capitalistas avançadas nos últimos anos tem visado sobretudo a repressão preventiva. Por outro lado, estando embora o accionamento dos mecanismos de controle violento subordinado a normas e regulamentos gerais, o critério de eficiência tende crescentemente a dominar o critério de legalidade, o que, de resto, é facilitado pela invisibilização do controle por via da sofisticação tecnológica com que é executado [62]. Por outras palavras, o controle torna-se tanto mais íntimo quanto mais remoto. Apoiado neste forte e diversificado dispositivo de coerção, o direito do estado capitalista procede à consolidação (contraditória) das relações de classe na sociedade, gerindo os conflitos sociais de modo a mantê-los dentro de níveis tensionais toleráveis do ponto de vista da dominação política de classe que ele contraditoriamente reproduz.

Ao contrário, o direito de Pasárgada dispõe de instrumentos de coerção muito incipientes e de facto quase inexistentes. A associação participa na organização de formas colectivas de coerção contra um vizinho transgressor que se não deixa persuadir pela retórica jurídica no sentido da reposição da legalidade. Mas trata-se tão só de formas de pressão mais ou menos difusas, que visam ir tornando progressivamente intolerável a manutenção de um certo curso de acção. São acções e não-acções de estrutura muito fluida e de consistência muito precária, familiares próximas da acção directa, e em que o papel da associação nunca é, por si, determinante para o seu accionamento.

Para além disto, a associação pode solicitar o apoio do destacamento policial sediado no bairro para impor, pela força, uma sua decisão, e tal solicitação será certamente satisfeita em vista do empenho da polícia em conquistar legitimidade

[62] Cfr., entre muitos, C. ACKROYD et al. (orgs.) *The Technology of Political Control*, Harmondsworth, 1977.

no seio da comunidade e vencer a hostilidade e o ostracismo a que é votada pelos moradores. No entanto, ciente disto, a associação sabe que seriam elevados os custos de tal colaboração, sabe que qualquer envolvimento com a polícia significaria a perda da legitimidade da própria associação, corroiria a sua imagem junto dos moradores, uma imagem já de si sujeita às vicissitudes políticas do processo de organização comunitária. Daí que, embora o recurso à polícia seja frequentemente referido como ameaça, só em circunstâncias extremas é concretizado. Algo de semelhante se passa com muitas das referências ao direito oficial no decurso do processo de prevenção ou de resolução dos conflitos jurídicos. São referências/ameaças, na medida em que através delas o presidente procura sugerir que se, por hipótese, o caso em discussão fosse processado pelo direito oficial a decisão ou seria idêntica à da associação, mas obtida com custos muito superiores para as partes, ou seria mais desfavorável para uma ou ambas as partes consoante as situações.

Pode, pois, conluir-se que, em Pasárgada os principais instrumentos de coerção são as ameaças, o discurso da violência. Mas porque se trata de ameaças de quase impossível concretização, trata-se sobretudo de uma retórica da força, de um *topos* de intimidação que é, por isso, parte integrante do discurso jurídico. Este *topos* representa sempre uma retórica de recurso e só é accionado quando a obstinação de uma ou ambas as partes fez falhar o *topos* da cooperação. Trata-se do reforço de um discurso decaído, retoricamente desnutrido; daí que o presidente procure a todo o custo explorar a lógica do razoável antes de passar à «lógica do irrazoável».

Conclui-se, pois, que quer quanto ao nível de institucionalização da função jurídica quer quanto ao poder dos instrumentos de coerção o direito de Pasárgada e o direito do estado capitalista ocupam posições estruturalmente distintas. A relevância da variação ao nível destes factores para a explicação da variação

também já constatada, ao nível do espaço retórico do discurso jurídico há-de partir, como acima se disse, do confronto dos resultados da investigação sociológica em Pasárgada com os resultados de outras investigações sócio-jurídicas que constituem, na sua totalidade, a sociologia e a antropologia do direito. Mas esse confronto, no que aqui interessa, há-de, ele próprio, ser valorado à luz de uma teoria global da sociedade capitalista e da posição estrutural que nela ocupa a instância jurídica.

Do confronto resulta com clareza que nas sociedades em que o direito apresenta um baixo nível de institucionalização da função jurídica e instrumentos de coerção pouco poderosos, o discurso jurídico tende a caracterizar-se por um amplo espaço retórico [63]. É certo que esta última característica não é analisada explicitamente na literatura — que, como se disse, pouca atenção tem dedicado à retórica jurídica — mas pode com segurança inferir-se das análises minuciosas do processamento da resolução dos litígios nessas sociedades. Na tradição dos estudos antropológicos — em que, até há pouco tempo, a análise monográfica dominou em absoluto sobre a análise comparada — tais sociedades e seus respectivos direitos têm sido concebidos como entidades sociologicamente antónomas. Sempre que a unidade de análise é ampliada de modo a abranger espaços geo-políticos mais vastos em que tais sociedades estão integradas, as instâncias mais típicas e mais tratadas na literatura são o colonialismo e o pós-colonialismo, isto é, a coexistência no mesmo espaço do direito «primitivo», «tradicional», «costumeiro», «nativo», «autóctone» e do direito colonial ou, na situação pós-colonial, do novo direito estatal moldado, em aspectos decisivos, no

[63] As referências bibliográficas sobre o processamento de litígios na antropologia jurídica feitas ao longo desta secção e da precedente constituem no seu conjunto o suporte empírico para as generalizações feitas no texto pelo que me dispenso de as repetir neste lugar.

direito do estado ex-colonizador. Nestas situações, o direito estatal ou é o direito de um estado capitalista colonial ou pós--colonial ou é o direito de um estado pós-colonial que, apesar de inspiração e orientação anti-capitalistas, não pode ainda criar uma ordem jurídica adequada às suas necessidades de desenvolvimento social, sendo, por isso, forçado — para evitar rupturas políticas e administrativas graves — a manter ou a adoptar as estruturas jurídicas do estado capitalista de cujo domínio colonial se libertou. Em qualquer dos casos, o contraste entre o direito tradicional e o direito estatal oferece algumas semelhanças com o contraste verificado entre o direito de Pasárgada e o direito estatal brasileiro. Assim, contrariamente ao direito tradicional, o direito estatal tende a apresentar um mais elevado nível de institucionalização da função jurídica e mais poderosos instrumentos de coerção — o que na situação colonial é particularmente evidente — e concomitantemente o seu discurso jurídico tende a ter um espaço retórico mais reduzido [64] — sempre mais reduzido na situação colonial, uma vez que a dominação/repressão colonialista se reproduz de modo directo na dominação/repressão das línguas «nativas».

[64] A redução do espaço retórico teve igualmente lugar naquelas situações em que o direito tradicional foi passado a escrito para efeitos científicos e administrativos e passou, pela prática dos tribunais, a ter força de lei. Assim sucedeu nas colónias e ex-colónias britânicas com o chamado movimento do *Restatement* (P. Bohannan diria que as normas do costume passaram a normas jurídicas pelo processo de «institucionalização dupla»), um movimento de êxito muito duvidoso mas que certamente contribuiu para a construção de um sistema jurídico centralizado, especializado e profissionalizado. Sobre esta questão e outras conexas cfr. W. Twining, *The Place of Customary Law in the National Legal Systems of East Africa*, Chicago, 1963; M. Saltman *A Restatement of Kipsigis Customary Law*, Waltham (Mass.), 1971; R. Abel, «Customary Laws of Wrongs in Kenya: an essay in research method», *American Journal of Comparative Law*, 17 (1969) 573 e ss.; Yash P. Ghai, «Notes Towards a Theory of Law and Ideology: Tanzanian Perspectives», *African Law Studies* 13 (1976), 31 e ss; M. Chanock, «Neo-Tradicionalism and the Customary Law in Malawi,» *African Law Studies*, 16 (1978), 80 e ss..

O paralelismo nos contrastes deve, no entanto, ser entendido no âmbito restrito dos factores seleccionados pela estratégia analítica adoptada neste trabalho. As semelhanças existem a par de diferenças não menos importantes e não escondem o facto de o direito de Pasárgada não ser um direito «tradicional» no sentido em que o são, por exemplo, os direitos africanos nem, muito menos, o facto de o proletariado urbano das favelas de uma grande metrópole capitalista viver em condições materiais de produção e reprodução muito diferentes das dos camponeses das micro-sociedades rurais do continente africano no período colonial ou mesmo pós-colonial. Trata-se de semelhanças estruturais obtidas por meio de drásticas reduções analíticas e susceptíveis de ganhar corpo e sentido muito diversos consoante os contextos sociológicos em que se manifestam.

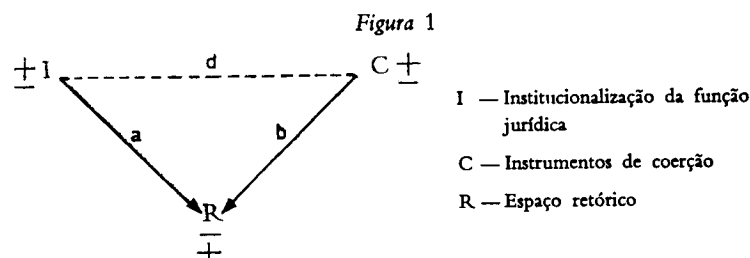
Conclui-se que, à luz do conhecimento antropológico e sociológico do direito, resulta com segurança que as diferenças verificadas entre o direito de Pasárgada e o direito estatal são expressão de variações significativas entre os factores (ou variáveis complexas) analisados, as quais se podem formular, em termos de correlação, da seguinte forma: *A amplitude do espaço retórico do discurso jurídico varia na razão inversa do nível de institucionalização da função jurídica e do poder dos instrumentos de coerção ao serviço da produção jurídica.* Esta formulação da covariação múltipla entre factores pressupõe, por um lado, a possibilidade de medição rigorosa dos valores relativos de cada um deles e, por outro lado, a determinação das relações internas, entre os factores que na estrutura das correlações funcionam como variáveis independentes (o nível de institucionalização da função jurídica e o poder dos instrumentos de coerção) [65]. Como

[65] Temos vindo a pressupor a distinção entre institucionalização da função jurídica e poder de coerção. A separação entre estes dois factores é fundamental para que funcionem ambos como variáveis independentes integrados num conjunto internamente diversificado de covariação. Tal

nenhum destes pressupostos se verifica — quer pelos limites actuais do conhecimento neste domínio, quer por razões epistemológicas mais gerais e decisivas que não vem ao caso explorar

separação de factores não é, no entanto, inequívoca. Para que o seja é necessário distinguir entre as formas de poder que lhes subjazem. Assim, a institucionalização está ligada a um processo histórico de concentração (e, portanto, de expropriação) das competências para derimir os conflitos e nesta medida pode considerar-se constituída internamente por uma dimensão de poder, um poder organizacional. Só distinguindo esta forma de poder da que reside no uso da violência física (própria dos instrumentos de coerção) é que se torna possível separar analiticamente os dois factores.

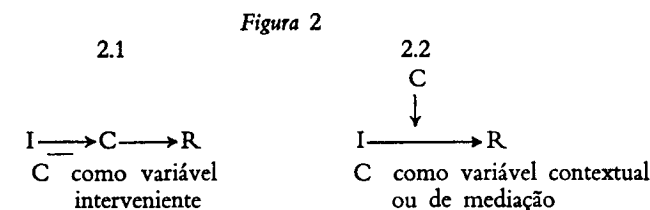
Na análise aqui proposta a separação dos factores implica que eles influem de modo autónomo (ainda que articulado) nas variações do espaço retórico. Por agora, trata-se de uma simples hipótese de trabalho teoricamente fundada, pois que estão ainda por determinar as relações de articulação entre os dois factores. Graficamente podemos definir a situação analítica do seguinte modo:

Figura 1

Falta, pois, conhecer a relação *d* para conhecer com exactidão as restantes relações do conjunto (por exemplo, neste momento, embora se conheça as direcções de *a* e *b* não se conhecem os seus pesos relativos sobre *R*). Numa situação experimental bastaria manter um dos factores constantes (supondo controladas todas as possíveis alternativas), fazer variar o outro e analisar os efeitos produzidos em *R*. Contudo, dada a inviabilidade de tais situações nos nossos domínios científicos, a solução mais próxima seria comparar duas ordens sócio-jurídicas muito semelhantes mas diferentes quanto a *I* ou *C* e analisar numa sequência temporal os efeitos em *R* da variação desse factor. Cfr. D. Campbell J. Stanley, *Experimental and Quasi-Experimental Designs for Research*, Chicago, 1970; F. de Almeida e M. Pinto, *ob. cit.*, 98. Agradeço ao Dr. Madureira Pinto os comentários sobre esta secção do trabalho.

Ficou dito acima (nota 52) que para os efeitos teórico-analíticos do marxismo, e por mera hipótese, se considera a institucionalização da função jurídica como sendo (predominantemente, pelo menos) do domínio da produção social da juridicidade e os instrumentos de coerção, do domínio da distribuição social da juridicidade. Também se referiu a dificuldade (impossi-

aqui — a correlação deve ser lida, de modo menos pretencioso mas mais realista, nestes termos: quanto mais elevado é o nível de institucionalização da função jurídica menor tende a ser o espaço retórico do discurso jurídico, e vice-versa; quanto mais poderosos são os instrumentos de coerção ao serviço da produção jurídica menor tende a ser o espaço retórico do discurso jurídico, e vice-versa [66].

bilidade?) de traduzir (atraiçoar?) esta relação em termos positivistas. Como mero exercício, duas situações seriam pensáveis, uma vez feita a tradução (traição?), representadas simbolicamente do seguinte modo:

Figura 2

Como também ficou dito, não se exclui que a relação entre *I* e *C* possa ser alterada ou mesmo invertida no interior da teoria marxista. Pode até suceder que um dado factor pertença geneticamente à área da produção e sistematicamente a área da distribuição. Em todo o caso, para os nossos objectivos teóricos do momento o importante é manter a autonomia entre os dois factores. Procedemos diferentemente de R. Abel que, na esteira de Fallers, reduz a análise causal à diferenciação estrutural e dela faz decorrer as variações no processamento dos litígios (do qual o uso diferenciado dos instrumentos de coerção é um dos indicadores).

[66] Pode objectar-se que ao longo desta secção está implícita, na organização das variáveis, uma ideia evolucionista nos termos da qual os sistemas sócio-jurídicos evoluem linearmente no sentido da mais elevada institucionalização e do maior poder dos instrumentos de coerção. Tal ideia tem de facto servido de suporte ideológico às teorias burguesas da modernização e em particular às teorias funcionalistas do direito e desenvolvimento social (uma visão crítica em D. Trubek e M. Galanter, «Scholars in Self-Estrangement», *Wisconsin Law Review*, 1974, 1062) e a coberto delas a dominação imperialista tem grangeado um verniz científico. Também no domínio da filosofia do direito são recorrentes as vibrações da ideia evolucionista (veja-se, a título de exemplo, a teoria de H. L. A. Hart — *The Concept of Law*, Oxford, 1961 — sobre a distinção entre normas primárias e normas secundárias). Embora reconheça que mesmo depois de uma década de esforço nem sempre é fácil fugir à tentação evolucionista (e não estou certo de eu próprio sempre o con-

IV. A correlação sociológica entre as dimensões da instância jurídica e seus problemas

Mesmo na formulação leve a correlação não é isenta de problemas. Podem distinguir-se duas ordens de problemas: problemas intrínsecos, que dizem respeito ao plano e sentido da construção da correlação, e problemas extrínsecos, que dizem respeito aos «materiais» que foram utilizados nessa construção. Os problemas intrínsecos não têm em geral de nos preocupar aqui, pois só seriam decisivos se nos movêssemos no universo da sociologia positivista e dos pressupostos e dilemas epistemológicos que lhe são próprios. Tal porém não é o caso, pois do que se trata é de utilizar o inestimável conhecimento sociológico obtido por técnicas de investigação sofisticadas, desenvolvidas sobretudo pela sociologia positivista, pondo-o

seguir), o facto é que tal ideia é estranha à estratégia teórica aqui delineada. Pelo contrário pretende-se dar conta de fenómenos que ocorrem sobretudo nos processos revolucionários (mas também fora deles) e que, apesar de diferenciados na sua estrutura, intenção política e impacto social, significam, em geral, uma relativa desinstitucionalização da função jurídica e uma também relativa redução do poder dos instrumentos de coerção. Neste contexto se devem entender a criação dos tribunais populares em Cuba depois da revolução (Cfr. J. Berman, «Cuban Popular Tribunals», *Columbia Law Review* 69, 131), a expansão dos tribunais de vizinhos no Chile durante o período da Unidade Popular (O. Cuellar et al. «Experiencias de justicia popular en poblaciones», *Cuadernos de la Realidad Nacional*, 8 (1971), 153; J. Spence, «Institutionalizing Neighborhood Courts: Two Chilean Experiences», *Law and Society Review*, 13, 1, 139 e ss.), os comités de mediação na China Popular (cfr. S. Lubman, «Mao and Mediation: Politics and Dispute Resolution in Comunist China», *California Law Review* 55 (1967), 1228 e ss.) e, finalmente, a construção da justiça popular nos países africanos de língua portuguesa (cfr. B. de Sousa Santos, *A construção da justiça popular nalguns países africanos de língua portuguesa*, em preparação).

Mas mesmo em situações não revolucionárias o processo está longe de ser linear ou unidireccional. Por exemplo, em vários países capitalistas avançados estão a ser tomadas medidas no domínio da administração da justiça que bem podem ser consideradas como de desinstitucionalização relativa da função jurídica (cfr. R. Abel (org.) *The Politics of Informal Justice*, Nova Iorque, 1980). Voltaremos a este tema na parte final deste estudo.

ao serviço de estratégias científicas anti-positivistas, depois de epistemologicamente «transfigurado». Por exemplo, a determinação exacta do estatuto gnoseológico da correlação constitui um problema decisivo, e tanto que progressivamente se transformou num autêntico dilema para a sociologia positivista: a correlação contém em si uma explicação causal ou é mera descrição de covariação? As respostas têm sido várias e delas não temos de curar [67], porque para nós a correlação é apenas um momento (não meramente descritivo) do trabalho científico; um momento que não é nem o primeiro (como querem alguns) nem o último (como querem outros) de uma elaboração teórica cuja cientificidade, aliás, não se pauta pelas virtualidades explicativas concebidas segundo a epistemologia positivista [68].

Ao contrário, a resolução dos problemas extrínsecos é decisiva para a credibilidade e a consistência da estratégia científica aqui apresentada. São dois os problemas extrínsecos principais: o problema do pluralismo jurídico e o problema

[67] O que está em causa é o próprio conceito de causalidade uma vez que o positivismo, ao contrário do marxismo, reduz a explicação dos fenómenos sociais à sua previsão. Cfr. R. Keat e J. Urry *ob. cit.*.

[68] Convenhamos que para o positivismo inteligente a formulação de correlações deverá ser sempre vista como uma simples etapa da investigação científica. Na etapa seguinte será preciso «explicar» a própria ocorrência dos factores que na etapa anterior funcionaram como variáveis independentes e que por essa via se transformam agora em variáveis dependentes. À medida que se avança no nexo «causal» o campo analítico alarga-se e a teoria social que o cobre (ou a que aspira) aumenta de abstracção. E só não se vai até ao infinito porque todas as teorias tem um atilho com que a dada altura estrangulam os rebentos mais rebeldes da trepadeira causal.

Mas a aporia básica do universo (pseudo) teórico do positivismo reside precisamente em não poder «explicar» os fenómenos senão em termos de variações concomitantes com outros fenómenos. Assim, por exemplo, o nível de institucionalização será atribuído à densidade social ou à diferenciação social geral. Não é, em suma, possível ir para além de um e de outros fenómenos e explicá-los pelas estruturas que lhes estão subjacentes e onde ocupam lugar central as transformações, ao longo do tempo, das relações de produção na sociedade em causa.

das comparações falsas. Qualquer destes problemas é bastante complexo e seria despropositado dar-lhes um tratamento profundo neste lugar. Trata-se tão só de apresentar os resultados principais da discussão de cada um deles.

IV. 1 — *O problema do pluralismo jurídico*

O problema do pluralismo jurídico pode formular-se do seguinte modo. A construção teórica do presente trabalho assenta numa comparação/contraste entre o direito de Pasárgada e o direito estatal brasileiro enquanto expressão representativa do direito do estado capitalista contemporâneo. Pressupõe-se, deste modo, que, no mesmo espaço geo-político, neste caso o estado-nação brasileiro, haja mais do que um direito ou ordem jurídica. Mais concretamente, pressupõe-se que o direito de Pasárgada seja um autêntico direito. Ora a verificação deste pressuposto não pode ser assumida, tem de ser provada e, se o não for, cai pela base a comparação e com ela a teoria que se pretende elaborar.

Este problema desdobra-se em dois sub-problemas, o problema do conceito de direito e o problema do pluralismo jurídico propriamente dito, sendo certo que o primeiro tem uma amplitude problemática muito superior à do segundo.

O problema do conceito de direito tem ocupado desde sempre as várias disciplinas que têm por objecto o direito, da filosofia e da teoria do direito à ciência jurídica em sentido estrito e à sociologia e antropologia do direito. O presente trabalho tem de curar apenas dos contributos das duas últimas disciplinas mas, como se verá, neles ecoam, por vezes, os contributos das restantes. Nos termos da divisão do trabalho científico-social estabelecido nos finais do século XIX, a sociologia do direito ocupou-se do direito das sociedades «ocidentais», «metropolitanas», «industriais» ou «complexas», enquanto a antropologia do direito se ocupou do direito das sociedades «tradicionais», «primitivas», «selvagens». As alterações políticas e ideológicas do pós-guerra abriram caminho, na década de 60, para a dupla subversão desta divisão de trabalho. Não só a sociologia começou a ocupar-se das sociedades que então se passaram a designar por «sub-desenvolvidas» ou do «terceiro mundo», como também a antropologia se orientou para o estudo das sociedades metropolitanas, sobretudo para o estudo das áreas problemáticas deficientemente cobertas pela sociologia. Deu-se assim origem a um sincretismo teórico e metodológico, ainda hoje em processo de evolução [69].

Foi neste contexto científico que o conhecimento antropológico saiu do «gueto primitivo» para enriquecer e acabar por dominar a problemática do conceito científico-social do direito. Dado que, nos termos da divisão de trabalho acima referida, a sociologia do direito começou por se concentrar no estudo do direito das sociedades metropolitanas, onde existia uma rica tradição de ciência jurídica com sofisticada elaboração teórica sobre o conceito de direito, a tendência dominante foi no sentido de a sociologia do direito absorver ou adoptar acriticamente os conceitos propostos pela ciência jurídica. Já o mesmo não podia suceder com a antropologia do direito, não só porque se ocupava do direito de sociedades sem ciência jurídica, como porque esse direito se apresentava tão diferente daquele que vigorava na sociedade metropolitana, de que partia o antropólogo, que não fazia sentido transferir para a análise dele os conceitos da ciência jurídica produzida nesta sociedade.

---

[69] Este sincretismo reflecte-se, por exemplo, na minha investigação em Pasárgada no início de década de 70. Aí se seguem os métodos e as teorias desenvolvidos pela antropologia em geral e pela antropologia do direito em especial, procurando submetê-los a uma transformação ou triagem capaz de os adequar à análise da problemática global da reprodução jurídica na sociedade capitalista.

Daí a necessidade de uma elaboração teórica autónoma sobre o conceito de direito que, no entanto, não deixou de recorrer à ciência jurídica, e sobretudo, como se verá, à filosofia do direito, cujo conhecimento não estava tão estreitamente determinado quanto o da ciência jurídica pela fenomenologia do direito metropolitano.

Mesmo assim, a longa discussão sobre o conceito de direito na antropologia tem sido mais frutuosa pelas questões que tem levantado do que pelos resultados a que tem chegado. Uma das questões mais discutidas e talvez a mais dilemática diz respeito ao estatuto epistemológico do conceito de direito na antropologia, e é conhecida por «debate GLUCKMAN-BOHANNAN» por ter sido protagonizada por estes dois antropólogos ainda que, em dado momento, a sua discussão tenha envolvido, duma forma ou doutra, todos os antropólogos trabalhando nesta área [70].

A controvérsia, que se prende com a questão, mais ampla, do etnocentrismo, consiste em saber se é legítimo (GLUCKMAN) ou ilegítimo (BOHANNAN) usar na análise de outras sociedades e culturas conceitos, como, por exemplo, o conceito de direito, que são originariamente conceitos-folk (conceitos populares ou étnicos) da sociedade e cultura a que pertence o antropólogo. Não vem ao caso percorrer aqui os meandros desta discussão e muito menos discutir as minúcias técnicas das diferentes posições. Apresentam-se as linhas gerais e os resultados mais recentes. A argumentação básica de M. GLUCKMAN é no sentido de que os conceitos da cultura «ocidental» não são utilizados em antropologia antes de serem submetidos a uma redução analítica que os liberta das principais conotações etnocêntricas (ideoló-

[70] Em geral sobre esta controvérsia vide as obras de M. GLUCKMAN citadas em notas anteriores e as seguintes de P. BOHANNAN, para além das já citadas, «Law and Legal Institutions», *International Encyclopaedia of the Social Sciences*, 9 (1968), 73; *Justice and Judgement Among the Tiv*, reimpressão, Nova Iorque, 1968.

gicas), assim se exconjurando o perigo de, pelo seu uso, ocidentalizar e, portanto, distorcer as observações empíricas. Ao contrário, para BOHANNAN, esse esforço analítico, ainda que meritório, nunca pode ser levado ao ponto de eliminar todos os resíduos de etnocentrismo e de imperialismo cultural, não havendo outra alternativa senão utilizar os conceitos e categorias «nativos» das sociedades estudadas.

As posições perante este debate são muito variadas, sobretudo se contabilizarmos todas as suas nuances, mas é possível sem dificuldade (nem surpresa, valha a verdade) agrupá-las em três grandes grupos: as que se aproximam de GLUCKMAN; as que se aproximam de BOHANNAN; e as que procuram uma síntese ou posição intermédia, nomeadamente pela constatação de que as diferenças entre os dois autores ou são mais aparentes que reais ou não são insuperáveis. Entre as primeiras saliente-se a posição de L. A. FALLERS, para quem é preferível reconhecer a irradicabilidade de algum etnocentrismo na investigação social, uma vez que «é difícil, senão impossível, desenvolver pela nossa imaginação um conjunto plenamente elaborado de conceitos culturalmente neutros para analisar comparativamente as sociedades» [71]. É esta, também, nos seus resultados, a posição por mim perfilhada, ainda que com argumentação distinta. O que critico em BOHANNAN não é a denúncia do etnocentrismo (tantas vezes «ingénuo»), que é meritória e importante; é antes o idealismo da denúncia, ao separar o processo de construção conceitual do modo de produção do conhecimento antropológico no seu todo, cujas implicações imperialistas são muito mais vastas e envolvem o processo global do trabalho científico, mesmo o daqueles que decidem usar (em texto escrito em língua «ocidental») as categorias e os conceitos «nativos» [72].

[71] Cfr. L. FALLERS, *Law Without Precedent*, 5.

[72] Entre muitos, cfr. J. COPANS et al. *Antropologia, Ciência das Sociedades Primitivas?* Lisboa, 1974; G. LECLERC, *Crítica da Antropologia*, Lisboa, 1973.

Por outro lado, como tudo o resto na sociedade capitalista, as categorias e os conceitos elaborados pela ciência «ocidental» são contraditórios e não se pode excluir à priori a possibilidade de serem utilizados como armas científicas e ideológicas na luta anti-imperialista das sociedades «nativas» sob o jugo colonial ou neo-colonial, o que de resto tem acontecido historicamente.

Entre os autores cuja posição se aproxima da de BOHANNAN é de referir P. H. GULLIVER para quem «não é irrazoável a ideia de que, sendo o 'direito' um termo e um conceito ocidentais devia ser definido segundo critérios ocidentais com a consequência de o 'direito', assim definido, não existir em muitas sociedades não-ocidentais, independentemente de nelas existirem instituições que, de um ponto de vista estrutural-funcional, têm contrapartes equivalentes nas sociedades ocidentais, dentro e fora do sistema jurídico» [73].

Por último, refira-se LAURA NADER entre os autores que procuram uma síntese das posições antagónicas. Aliás, a posição de LAURA NADER é mais ambiciosa, na medida em que considera a controvérsia terminada desde que se aceite a substituição da escala analítica tradicional, de dois graus — o sistema folk e o sistema analítico —, por uma, mais sofisticada, de três graus — sistema folk, sistema analítico folk, sistema analítico comparado [74].

Sem entrar na análise das implicações teóricas e epistemológicas das diferentes posições, interessa tomar posição geral, o que já foi feito, e retirar daí uma posição sobre o conceito

[73] Cfr. P. H. GULLIVER, «Introduction» a «Case Studies of Law in Non-Western Societies» in L. NADER (org.), *Law in Culture*, 12.

[74] Cfr. L. NADER, «Introdução» in L. NADER (org.), *Law in Culture*, 1 e ss.. R. ABEL, *ob. cit.*, 224 não partilha de modo nenhum, e com boas razões, do optimismo de L. NADER.

de direito, o que se fará a seguir. Em parte devido aos efeitos paralisantes do debate GLUCKMAN-BOHANNAN, alguns autores, entre os quais LAURA NADER [75], P. H. GULLIVER [76] e também R. ABEL [77] e W. FELSTINER [78], seguiram a via pragmática de se eximirem às dificuldades de elaboração do conceito de direito, procedendo à substituição deste, enquanto unidade de análise, por um fenómeno universal do comportamento colectivo em que o direito implícita ou explicitamente se objectiva: a disputa, o litígio. A esta substituição atribui-se a vantagem adicional de fazer incidir a investigação no processamento dos litígios, retirando às normas substantivas e às instituições o exclusivo analítico de que tendem a usufruir nas investigações que tomam o direito por objecto imediato de análise.

A dificuldade principal desta via reside em que os autores que a seguem não estão interessados, de facto, em todos os tipos possíveis de disputas mas, apenas naquelas que têm uma fundamentação normativa e, sendo assim, o conceito de direito renasce das cinzas sob a forma da determinação dessa fundamentação [79]. O que nos leva a concluir que o conceito de disputa não representa uma alternativa ao conceito de direito e é antes uma alternativa analítica (das mais frutuosas) no interior das investigações sociológicas e antropológicas sobre o direito,

[75] Para além das obras já citadas, cfr. L. NADER, «The Ethnography of Law», *American Anthropologist*, 67 (6), publicação especial; L. NADER e B. YNGVESSON, «On Studying the Ethnography of Law and its Consequences» in J. HONIGMANN (org.) *Handbook of Social and Cultural Anthropology*, Chicago, 1973.

[76] *Obs. cits.*

[77] *Obs. cits.* e em especial «A Comparative Theory», 221 e ss..

[78] W. FELSTINER, *The Influence of Social Setting on the Forms of Dispute Processing*, New Haven, 1972.

[79] Uma das reincarnações da questão do conceito de direito é a discussão sobre a distinção entre litígios (ou disputas) jurídicos e litígios (ou disputas) políticos. R. ABEL *(ob. cit.*, 232 e ss.) coerentemente recusa a distinção mas um tal procedimento pode levar a consequências absurdas a nível macro-sociológico.

tendo sido aliás nessa capacidade que foi adoptada no estudo sobre o direito de Pasárgada.

Daí que muitos outros autores, entre os quais L. FALLERS e eu próprio, optem pela estipulação de um conceito de direito que se adeque às necessidades analíticas e teóricas da investigação empírica. A dificuldade maior destoutra via reside em que ela se tem de construir sobre uma linha de tensão inscrita na discussão desde o início. Por um lado, a necessidade de elaborar um conceito muito amplo que dê conta dos mais diversos fenómenos jurídicos, os quais, a despeito da sua diversidade, têm algo de comum — em termos de processos, conteúdos normativos, estruturas ou funções — com outros fenómenos que nalgumas sociedades são classificados como «direito» e que a intuição educada do cientista social leva a assimilar sob um conceito unificador, o conceito de direito. Por outro lado, a necessidade, em boa parte contraditória com a primeira, de evitar conceitos de direito tão amplos que se sujeitem à crítica formulada por RADCLIFFE-BROWN, de incluirem em si «a maior parte se não todos os processos de controle social» [80].

Esta tensão tem as suas raízes nas obras dos dois fundadores da antropologia jurídica, MALINOWSKI e RADCLIFFE-BROWN. MALINOWSKI parte do pressuposto de que em todos os povos, qualquer que seja o grau do seu «primitivismo» existe direito e consequentemente propõe uma estratégia conceitual em que o objectivo da generalidade se sobrepõe ao da especificidade. Generalizando a partir das suas investigações nas ilhas Trobriand, conclui de modo lapidar:

> «Deve existir em todas as sociedades um conjunto de regras demasiado práticas para serem apoiadas por sanções religiosas, demasiado pesadas para o seu cumprimento ser

[80] RADCLIFFE-BROWN, *Structure and Function in Primitive Society*, Nova Iorque, 1965, 212.

> deixado à boa vontade dos indivíduos, demasiado vitais para as pessoas para serem aplicadas por uma agência abstracta. É este o domínio das regras jurídicas e aventuro-me a antecipar que a reciprocidade, a incidência sistemática, a publicidade e a ambição virão a ser considerados os principais factores da maquinaria compulsória do direito primitivo» [81].

RADCLIFFE-BROWN, ao contrário, segue uma estratégia conceitual em que o objectivo da especificidade tem precedência sobre o da generalidade. Na esteira de R. POUND, definiu o direito como «o controle social através da aplicação sistemática da força da sociedade politicamente organizada». O que o levou à conclusão de que «neste sentido, algumas sociedades simples não têm direito» [82]. Sob sua influência, um dos seus discípulos mais brilhantes, EVANS-PRITCHARD, chegou logicamente à conclusão, no seu estudo sobre os povos Nuer do Sudão, de que «em sentido estrito, os Nuer não têm direito» [83]. Não se trata de proceder aqui à análise crítica destas posições. Basta referir que os vários autores que têm avançado conceitos de direito que sirvam as suas investigações empíricas têm-no feito nos marcos estabelecidos por MALINOWSKI e RADCLIFFE-BROWN, ainda que recorram por vezes ao contributo da filosofia do direito como é, por exemplo, o caso de L. FALLERS, que segue H. L. A. HART, e o meu próprio, em que são notórias as influências de HERMANN

[81] B. MALINOWSKI, *Crime and Custom in Savage Society*, Londres, 1926, 67-68.

[82] *Ob. e loc. cit.*.

[83] EVANS-PRITCHARD, *The Nuer*, Nova Iorque, 1971, 162.

Como muito bem sublinha A. L. EPSTEIN, a conclusão de EVANS-PRITCHARD teria consequências científicas importantes se com ela se quisesse significar que os Nuer eram um povo «sem lei» ou «fora da lei», mas é evidente que PRITCHARD não pretendeu tal coisa (cfr. A. L. EPSTEIN, «The Case Method in the Field of Law» in A. L. EPSTEIN (org.), *The Craft of Social Anthropology*, Londres, 1967, 205. Aliás, em artigo posterior EVANS-PRITCHARD veio a admitir que «within the tribe there is law» (cfr. M. FORTES e EVANS-PRITCHARD (orgs.), *African Political Systems*, Londres, 1940, 278).

Kantorowicz [84]. Os conceitos são estabelecidos de modo estipulatório, pois, como bem reconhece M. Gluckman, «por cada definição que se avança depara-se com um antagonista com uma definição diferente». O conceito que a seguir se apresenta não pretende captar uma qualquer essência do direito. Trata-se de um certo conceito operativo, adequado às exigências teóricas definidas para a investigação empírica em Pasárgada. Não se trata pois de um conceito trans-teórico, mas antes, e tão só, de um momento intermédio de um processo teórico, ele próprio definidor do critério de generalidade/especificidade em que assenta o conceito. Com este propósito concebe-se como direito, o *conjunto de processos regularizados e de princípios normativos, considerados justiciáveis num dado grupo, que contribuem para a criação e prevenção de litígios e para a resolução destes através de um discurso argumentativo, de amplitude variável, apoiado ou não pela força organizada.*

Para a resolução dos problemas em discussão não vem ao caso explicitar em pormenor este conceito. Impõe-se apenas apresentar a conclusão de que, à luz dele, não restam dúvidas de que os fenómenos por nós investigados em Pasárgada caem no domínio do jurídico e que, portanto, constituem, no seu conjunto, o direito de Pasárgada.

Há que tratar agora, ainda que brevemente, o outro sub--problema, que é propriamente o do pluralismo jurídico e que se pode formular do seguinte modo: mesmo admitindo que em termos sociológicos ou antropológicos o direito de Pasárgada existe como tal e como tal pode ser objecto de análise, como resolver a questão de reconhecer no mesmo espaço geo-político, neste caso o estado-nação brasileiro, a existência de mais de um direito, sendo certo que tal reconhecimento choca frontal-

[84] H. Kantorowicz, *The Definition of Law* (org. por A. H. Campbell), Cambridge, 1958.

mente com os pressupostos constitucionais do estado moderno, que atribuem a este o monopólio da produção do direito?

Na formulação ampla que aqui lhe damos este problema tem várias frentes. No séc. XIX e primeiras décadas do nosso século, o problema do pluralismo jurídico teve amplo tratamento na filosofia e na teoria do direito [85]. Foi sendo depois progressivamente suprimido pela acção de um conjunto de factores em que se deve distinguir: as transformações na articulação dos modos de produção no interior das formações capitalistas centrais, de que resultou o domínio cada vez maior do modo de produção capitalista sobre os modos de produção pré-capitalista; a consolidação da dominação política do estado burguês nomeadamente através da politização progressiva da sociedade civil; o avanço concomitante das concepções jus-filosóficas positivistas.

O problema do pluralismo jurídico foi depois retomado, em termos muito diferentes, pela antropologia do direito e é hoje um dos problemas mais amplamente tratados por esta disciplina. O contexto sociológico básico em que se deu o interesse por este problema foi, como em muitas outras questões, o colonialismo, isto é, a coexistência num mesmo espaço, arbitrariamente unificado como colónia, do direito do estado colonizador e dos direitos tradicionais. Esta coexistência, fonte constante de conflitos e de acomodações precárias, teve nalguns casos cobertura jurídico-constitucional (por exemplo, na *indirect*

[85] Um resumo da discussão em G. del Vecchio, *Persona, Estado y Derecho*, Madrid, 1957, 361 e ss.. Cfr. também J. Carbonnier, *Sociologia Jurídica*, Coimbra, 1979, 210 e ss.; Norberto Bobbio, *La Consuetude Come Fatto Normativo*, Padua, 1942. Combinando a sociologia e a filosofia do direito, E. Ehrlich é o grande percursor deste tema. Para além das suas obras mais conhecidas *(Grundlegung der Soziologie des Rechts* e *Juristische Logik)* cfr. os trabalhos reunidos por M. Rehbinder em E. Ehrlich, *Recht und Leben*, Berlim, 1967. Aliás, o contributo de Ehrlich para a sociologia jurídica transcende em muito a questão do pluralismo jurídico. Como bem salienta, por último, Claudio Souto, *Teoria Sociológica do Direito e Prática Forense*, Porto Alegre, 1978, 45 e ss..

rule do colonialismo inglês) enquanto noutros foi um fenómeno sociológico e político à revelia das concepções jurídico-políticas oficiais do estado colonizador (o que, em boa parte, aconteceu com o colonialismo português). No primeiro caso, o pluralismo jurídico constituiu um conjunto de questões novas para a prática jurídica do direito colonial, politicamente dominante, e para a ciência jurídica que o servia; tanto no primeiro como no segundo casos, o conhecimento sociológico do pluralismo jurídico, isto é, o conhecimento das clivagens sócio-económicas, políticas e culturais em que ele assentava, tornou-se indispensável para assegurar a pacificação das colónias através de uma gestão racional (económica) dos recursos coloniais. Foi a investigação destas questões que coube em boa parte à antropologia e à sociologia do direito [86].

De um ponto de vista anti-colonialista, o que se pode dizer desta investigação é que, a despeito do seu pecado original, ela produziu um conhecimento cujo componente científico ainda hoje se revela de valor inestimável para a análise de situações de pluralismo jurídico geradas em contextos sociológicos bem distintos do que lhe deu origem. Para além do contexto colonial, três outros contextos de pluralismo jurídico têm sido identificados pela literatura. Em primeiro lugar, o caso dos países com tradições culturais dominante ou exclusivamente não europeias, que adoptam o direito europeu como instrumento de «modernização» e de consolidação do poder do estado. É o caso, entre outros, da Turquia [87], Tailândia [88] e Etiópia [89].

[86] Cfr. por todos M. B. Hooker, *Legal Pluralism. An Introduction to Colonial and Neo-colonial Laws*, Oxford, 1975 e a bibliografia aí citada.

[87] Cfr. P. Stirling, «Land, Marriage, and the Law in Turkish Villages», *International Social Science Bulletin*, 9 (1957), 21 e ss.; J. Starr, *Mandalinci Koy: Law and Social Control in a Turkish Village*, Berkeley, 1969.

[88] Cfr. F. C. Darling, «The Evolution of Law in Thailand», *Review of Politics*, 32 (1970), 197 e ss..

[89] Cfr. R. Pankhurst, *State and Land in Ethiopian History*, Addis Ababa, 1966; The Department of Land Reform, *A Study of Agricultural Land Disputes in Kuni Wereda and Chercher Awraja Courts (Harer Province)*, 1969.

Nestes casos, a situação de pluralismo jurídico resultou do facto de o direito tradicional não ter sido eliminado, no plano sociológico, pelo novo direito oficial, antes continuando a ser utilizado por largos sectores, senão mesmo pela maioria, da população. O segundo contexto de pluralismo jurídico de origem não colonial teve lugar quando, em virtude de uma revolução social, o direito tradicional entrou em conflito com a nova legalidade, o direito revolucionário, tendo sido, por isso, proscrito, sem, no entanto, ter deixado de continuar a vigorar, em termos sociológicos, durante largo tempo. O caso mais conhecido é o das repúblicas da Ásia Central, de tradição jurídica islâmica, no seio da U.R.S.S. depois da revolução de outubro [90]. Por último, há que considerar as situações de pluralismo jurídico nos casos em que populações autóctones, «nativas» ou «indígenas», quando não totalmente exterminadas, foram submetidas ao direito do conquistador com a permissão, expressa ou implícita, de em certos domínios continuarem a seguir o seu direito tradicional. É o caso das populações índias dos países da América do Norte [91], América Latina [92] e dos povos autóctones da Nova Zelândia [93] e Austrália [94].

[90] Cfr. G. Massell, «Law as an Instrument of Revolutionary Change in a Traditional Milieu: The Case of Soviet Central Asia», *Law and Society Review*, 2 (1968), 179 e ss..

[91] Cfr. K. Llewellyn e E. A. Hoebel, *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, Norman, 1941; E. A. Hoebel, *The Law of Primitive Man*, Cambridge, Mass., 1954; B. A. Cox, *Law and Conflict Management Among the Hopi*, Berkeley, 1970.

[92] Cfr. de L. Nader, além das obras já citadas, «An Analysis of Zapotec Law Cases», in P. Bohannan (org.), *Law and Warfare*, 117 e ss.; F. Collier, *Zinacanteco Law: A Study of Conflict in a Modern Maya Community*, Berkeley, 1970.

[93] Cfr. J. Metge, *The Maoris of New Zealand*, Londres, 1967; A. P. Vayda, «Maori Warfare» in P. Bohannan (org.), *Law and Warfare*, 359 e ss..

[94] Cfr. M. B. Hooker, *ob. cit.*, 338 e ss.. Vide também L. Pospisil, *Anthropology of Law, A Comparative Theory*, Nova Iorque, 1971; A. Paliwala et al., «Economic Development and the Changing Legal System of Papua New Guinea», *African Law Studies*, 16 (1978), 3 e ss..

Todos estes casos de pluralismo jurídico, com vigência sociológica reconhecida ou não pelo direito dominante, constituem situações socialmente consolidadas e de longa duração, onde se reflectem conflitos sociais que acumulam e condensam clivagens sócio-económicas, políticas e culturais particularmente complexas e evidentes. Têm lugar em sociedades que, por isso, têm sido designadas «heterogéneas». No entanto, a análise detalhada destas situações e sociedades revela concomitantemente a conveniência em ampliar o conceito de pluralismo jurídico, de modo a cobrir situações susceptíveis de ocorrer em sociedades, cuja homogeneidade é sempre precária porque definida em termos classistas; isto é, nas sociedades capitalistas. Nestas sociedades, a «homogeneidade» é, em cada momento histórico, o produto concreto das lutas de classes e esconde, por isso, contradições (interclassistas, mas também intraclassistas) que não são nunca puramente económicas e, pelo contrário, são tecidas de dimensões sociais, políticas e culturais variamente entrelaçadas. Estas contradições podem assumir diferentes expressões jurídicas, reveladoras, na sua relativa especificidade, dos diferentes modos por que se reproduz a dominação político-jurídica.

Uma dessas expressões (e um desses modos) é precisamente a situação de pluralismo jurídico e tem lugar sempre que as contradições se condensam na criação de espaços sociais, mais ou menos segregados, no seio dos quais se geram litígios ou disputas processados com base em recursos normativos e institucionais internos. Estes espaços sociais variam segundo o factor dominante na sua constituição (que pode ser sócio-económico, político ou cultural) e segundo a composição da classe. Em geral, tendem a configurar situações de menor consolidação (e por vezes de mais curta duração) quando confrontadas com as que compõem os contextos de pluralismo jurídico anteriormente mencionados. Os exemplos, como se calcula, são muitos

e apenas referiremos alguns a título ilustrativo. Assim, o funcionamento dos sovietes de operários e soldados na Rússia, nos meses que antecederam a revolução de outubro, abriu um espaço político-jurídico alternativo ao do direito burguês oficial, uma situação em que o conceito de pluralismo jurídico se funde com o de dualidade de poderes [95]. Por outro lado, as experiências de justiça popular em Portugal, em 1975, representam o esboço muito precário da criação de uma alternativa jurídico-político com idêntica composição de classe e emergente também de uma fase de agudização intensa da luta de classes [96]. Com composição de classe muito diferente refira-se, por exemplo, o espaço jurídico consuetudinário criado pelos comerciantes americanos, à revelia das normas do direito civil e comercial oficiais, com o objectivo de facilitar as transacções e diminuir os custos [97]. Outro exemplo de pluralismo jurídico é dado pelos tribunais de vizinhos que operaram, sem sancionamento legal, nos bairros da lata de Santiago do Chile sobretudo no tempo da Unidade Popular [98]. E este caso traz-nos muito perto do direito de Pasárgada que, como facilmente se conclui, é também concebido neste trabalho como constituindo uma situação de pluralismo jurídico.

A ampliação do conceito de pluralismo jurídico é concomitante da ampliação do conceito de direito e obedece logicamente aos mesmos propósitos teóricos. Com ela visa-se enriquecer o campo analítico da teoria do direito e do estado através da

---

[95] Cfr. Lenin, *Obras Escolhidas*, vol. 2, Lisboa, 1978, especialmente 17 e ss., 23 e ss.; L. Trotsky, *Histoire de la Revolution Russe* (2 vols.) Paris, 1950 (por ex., vol. 1, 225 e ss.); O. Anweiler, *Les Soviets en Russie, 1905-1921*, Paris, 1972.

[96] Cfr. B. de Sousa Santos, «Popular Justice, Dual Power and Socialist Strategy» in B. Fine et al. (orgs.), *Capitalism and the Rule of Law*, Londres, 1979, 151 e ss..

[97] Cfr. S. Macaulay, *Law and the Balance of Power: the Automobile Manufacturers and their Dealers*, Nova Iorque, 1966.

[98] Cfr. nota 66.

revelação de lutas de classes em que o direito ocupa, de múltiplas formas, o centro político das contradições. Daí que a perspectiva teórica deste trabalho assente numa análise sociológica do pluralismo jurídico. O reconhecimento jurídico deste por parte do direito dominante não é determinante para a conceitualização da situação como de pluralismo jurídico; é-o, no entanto, para a configuração concreta desta, razão por que deve ele próprio ser objecto, nesta qualidade, de análise sociológica.

IV. 2 — *O problema das comparações falsas*

O segundo problema extrínseco à correlação proposta neste trabalho é o problema das comparações falsas e pode formular-se do modo seguinte. Mesmo admitindo que o direito de Pasárgada é um autêntico direito e que estamos, por isso, perante uma situação de pluralismo jurídico, são altamente questionáveis os termos da comparação entre o direito de Pasárgada e o direito estatal. Nesta comparação, o direito estatal, sendo o direito mais institucionalizado, com maior poder coercitivo e com o discurso jurídico de menor espaço retórico, é concomitantemente o direito mais profissionalizado, mais formalista e legalista, mais elitista e autoritário. Corresponderá esta caracterização à realidade? Não assentará ela numa visão estereotipada e deformada do direito estatal? Não se estará, em suma, perante uma situação de comparação falsa?

Disse-se acima que a investigação antropológica começou por ter um carácter monográfico, correlato, afinal, da perspectiva holística adoptada em que a sociedade «primitiva» constituía, no seu todo, o objecto de análise. Nestes termos, a análise esgotava a sociedade «primitiva» e, por sua vez, esgotava-se nela. Gradualmente, porém, foi sendo dada mais atenção

à comparação entre sociedades como única via de superar o descritivismo rasteiro do trabalho antropológico e de ascender à teoria antropológica, ao conhecimento antropológico propriamente dito. Deve, contudo, ter-se presente que mesmo na primeira fase se faziam comparações, só que implícitas e incontroladas. As estratégias descritivas e as categorias analíticas eram derivadas do conhecimento da sociedade metropolitana, de que partia o cientista social, e o modelo científico com que se equipava assentava na comparação não dita entre esta sociedade e as sociedades que se propunha estudar. Os interesses colonialistas que serviam de pano de fundo à investigação antropológica e o etnocentrismo científico-cultural que, por via deles e de muitos outros factores, teve campo fértil de expansão deram origem a comparações multiplamente viciadas as quais, aliás, se continuaram a reproduzir na fase em que o trabalho antropológico se tornou explicitamente comparado.

Dois vícios principais devem ser referidos. Em primeiro lugar, as sociedades tradicionais (sociedades coloniais; sociedades-objecto) não eram analisadas em seus próprios termos e em função dos seus interesses, mas em termos e em função da sociedade metropolitana (sociedade colonizadora; sociedade -sujeito). Logicamente, a análise daqui decorrente ignorava militante e sistematicamente (isto é, sem que para tal fosse necessário uma conspiração dos cientistas sociais nesse sentido) tudo o que na sociedade-objecto contradissesse de modo fundamental o interesse da sociedade-sujeito na continuação da dominação colonialista. Do que resultaram duas consequências principais. Por um lado, sendo as categorias analíticas e classificatórias desenvolvidas com base na (experiência social da) sociedade metropolitana, a experiência social da sociedade tradicional ou era suprimida em tudo o que nelas não coubesse, ou, sendo incluída, era armadilhada em comparações que sistematicamente a desfavoreciam. Por outro lado, sempre que foi

adoptada uma perspectiva dinâmica e desenvolvimentista, o modelo científico (que, como se vê, era também social e político) apontava para a inevitabilidade de a sociedade tradicional seguir o caminho e os objectivos de desenvolvimento já anteriormente seguidos pela sociedade metropolitana e, portanto, de os seguir sob a tutela desta. O debate GLUCKMAN-BOHANNAN, acima referido, deve ser visto como um esforço no sentido de problematizar este vício ou conjunto de vícios.

O segundo vício principal não diz respeito, ao contrário do primeiro, à epistemologia da antropologia social, mas tão só à validade empírica do conhecimento antropológico, pressupondo pacífica a vigência da epistemologia dominante. É a área específica das comparações falsas. E nesta área são muitos os vícios possíveis mas o principal consiste em que, mesmo admitindo a legitimidade de elaborar os modelos e as categorias analíticas com base na experiência social das sociedades metropolitanas, o que sucedeu muitas vezes foi que os cientistas sociais partiram de uma caracterização errada destas sociedades. Tinham dela uma visão apologética, oficial, acrítica, estereotipada ou, de qualquer outro modo, distorcida, e esta distorção acabou por contaminar e falsear todo o trabalho comparativo.

No domínio da antropologia jurídica, a denúncia das comparações falsas teve em J. VAN VELSEN uma das vozes mais veementes [99]. Cingindo-se à antropologia social inglesa, v. VELSEN considera que as comparações entre o direito africano e o direito britânico, mesmo as levadas a cabo pelos melhores antropólogos ingleses, são baseadas em noções estereotipadas e idealizadas do direito britânico, do que resulta uma excessiva ênfase no contraste polar entre os dois direitos. Esta crítica é desenvolvida ao longo de dois temas: a flexibilidade do processo

[99] Cfr. J. VAN VELSEN, «Procedural Informality, Reconciliation, and False Comparisons», in M. GLUCKMAN (org.), *Ideas and Procedures in African Customary Law*, Londres, 1969, 137 e ss.. Cfr. também R. ABEL *ob. cit.*, 244.

e a reconciliação das partes como objecto da decisão judicial. Segundo ele, a sociedade africana é normalmente concebida como uma sociedade economicamente pouco desenvolvida, dominada por relações sociais multiplexas, dispondo de um direito cujo processo é flexível, sem demarcação nítida da matéria relevante e em que a reconciliação das partes tem primazia sobre tudo o mais na resolução dos litígios. Ao contrário, a sociedade europeia é concebida como uma sociedade economicamente desenvolvida e dominada por relações simplexas (como lhes chama), dispondo de um direito formalista, dotado de um processo inflexível e em que as decisões são baseadas na aplicação das leis sem qualquer preocupação com a reconciliação das partes.

Para v. VELSEN esta comparação só parcialmente é válida, razão por que o modelo do contraste polar entre os dois direitos deverá ser substituído pelo do continuum, ao longo do qual os dois direitos ocupam posições diferentes. Pela parte do direito europeu, a comparação só é válida no que respeita à acção dos tribunais superiores. Nos tribunais inferiores (*magistrates' courts* na Inglaterra; *small claims courts* nos E.U.A.) o processo é flexível e existe o propósito de reconciliar os litigantes. Pela parte do direito africano, a comparação também não é totalmente válida. É preciso distinguir entre o processo de obtenção da decisão, que assenta na aplicação da lei, e o processo de definição das sanções (positivas e negativas), em que há, de facto, grande flexibilidade. Por outro lado, a reconciliação não é nunca o objectivo único do tribunal, nem muitas vezes o principal, mesmo no domínio das relações multiplexas, como se atesta pelos casos, citados por M. GLUCKMAN, em que as partes usam a litigação sobre um conflito justiciável para fazer detonar um outro conflito mais amplo, de natureza política.

A posição de v. VELSEN merece-me dois comentários gerais. O primeiro comentário é que v. VELSEN levantou

uma questão importante e abriu a possibilidade de denunciar e corrigir os erros dos que aceitaram acriticamente as concepções da ciência jurídica europeia, toda ela virada para a conceitualização e teorização da prática dos tribunais superiores e dando mesmo desta uma visão homogeneizada e «oficial». Por esta via, esses autores cegaram para a complexidade da ordem jurídica metropolitana e para as áreas desta consideradas menos «nobres», no plano dogmático-científico, mas bastante mais importantes no plano sociológico. Esta cegueira converteu-se numa distorção que acabou por se repercutir nas categorias analíticas usadas e nos resultados da comparação. O segundo comentário é que v. VELSEN, no calor da crítica, acabou por cair no vício oposto, igualmente grave e igualmente revelador de uma posição idealista, ao nivelar em excesso as práticas jurídicas dos direitos africanos e dos direitos europeus. Trata-se, de facto, de uma posição idealista, por desconhecer o papel das condições materiais na produção jurídica, por desconhecer as imensas diferenças sociais, económicas e políticas entre as sociedades europeias e as sociedades africanas, que terão fatalmente de se repercutir, mesmo que mediadamente, nas práticas jurídicas respectivas. Daqui resultou, por um lado, uma excessiva ênfase na prática jurídica dos tribunais inferiores das sociedades metropolitanas e, por outro lado, a atribuição de relevo exagerado ao papal da lei na obtenção da sentença segundo o direito africano, acabando por *impor* à resolução dos litígios nas sociedades tradicionais um modelo analítico baseado na ciência jurídica metropolitana: a distinção entre o processo de obtenção da decisão e o processo de determinação das sanções. Por último, deu excessiva saliência aos casos em que a litigação é usada para outros fins, casos que retirou sobretudo da obra de M. GLUCKMAN [100] onde, no entanto, resulta evidente que

[100] Cfr., em especial, o caso n.º 12 in M. GLUCKMAN, *The Judicial Process*, 79.

tais casos fazem excepção rara à prática esmagadoramente comum de um processo aberto e flexível, visando a investigação do conflito real entre as partes na perspectiva da obtenção da reconciliação.

No caso concreto da minha investigação, penso que soube aproveitar o que há de positivo na advertência de v. VELSEN sem cair nos exageros a que ele se deixou conduzir. E a melhor prova disto está no facto de ter convertido os factores da comparação em variáveis que admitem graus diferentes; consequentemente, por mais radicais que sejam os contrastes haverá sempre semelhanças, umas mais precárias que outras. Por outro lado, a comparação é feita em termos gerais. Por exemplo, não se desconhece que no direito estatal há zonas processuais informais, nem sequer que o formalismo processual oficial é lubrificado (e por vezes subvertido) por um certo informalismo submarino manipulado pelos profissionais do direito e demais funcionários da justiça. Mas nenhum destes factos é suficiente para pôr em dúvida que, no geral, o direito estatal é imensamente mais formalista que o direito de Pasárgada. Também o perfil básico da profissionalização do trabalho jurídico, enquanto dimensão da institucionalização da função jurídica, não é abalado pelo reconhecimento da participação, por vezes importante, dos leigos na administração da justiça, quer através do júri, quer através dos juízes assessores. Por último, o poder do aparelho coercitivo não é diminuído — como poderia objectar-se — pelo facto de na esmagadora maioria dos casos não ser accionado, dado o cumprimento voluntário das determinações jurídicas por parte dos seus destinatários. Como já acima ficou dito, a ameaça, porque verosímil, mantém a eloquência da presença e do poder que ela representa.

V. Os discursos do direito na sociedade capitalista: prolegomena de uma teoria

Uma vez resolvidos os problemas do pluralismo jurídico e das comparações falsas, a correlação proposta no presente trabalho entre o espaço retórico, a institucionalização da função jurídica e o poder dos instrumentos de coerção adquire maior consistência analítica e fortalece os objectivos teóricos aqui definidos.

Para já, torna possível uma dupla refutação da concepção jus-filosófica sobre a natureza tópico-retórica do discurso jurídico, a que nos referimos no início deste trabalho. Em primeiro lugar, o factor tópico-retórico não constitui uma essência especulativamente fixada (e fixa) nem caracteriza em exclusivo o discurso jurídico que veicula a aplicação concreta do direito. Trata-se antes de um factor/dimensão cuja variação é concomitante da de outros factores/dimensões que, no seu conjunto, constituem os componentes mais importantes do processo de concretização do direito. O espaço retórico existe assim entre outros espaços, o espaço sistémico e o espaço da violência, com os quais se articula de modo estruturado. E como cada um destes espaços tem o seu próprio discurso, o discurso tópico-retórico «fala» entre (por cima/por baixo) o discurso do sistema e o discurso da violência. Em segundo lugar, o direito do estado capitalista contemporâneo, que serve de modelo e base à concepção filosófica em questão, não é sequer aquele em que a dimensão tópico-retórica atinge o seu valor mais elevado em comparação com outros direitos estudados pela sociologia e pela antropologia.

Mais importante, porém, que a refutação de especulações filosóficas idealistas é o contributo que as variações constatadas

podem dar ao enriquecimento analítico da teoria sociológica da retórica jurídica e, em última instância, da teoria sociológica do direito da sociedade capitalista. No estádio actual da investigação, tal contributo será maximizado pela integração das variações numa perspectiva funcional-estrutural. Dessa integração decorrem duas verificações adicionais: *a*) os diferentes factores analisados desempenham diferentes funções estruturais no processo de aplicação do direito; *b*) também se verificam diferenças, no seio de cada factor, entre os diversos contextos da comunicação em que eles intervêm. Torna-se assim necessário introduzir uma nova dimensão na análise dos discursos jurídicos, uma dimensão longitudinal, que dê conta da diferenciação funcional-estrutural segundo o contexto da comunicação. Entende-se por contexto da comunicação a referência nuclear ou focal da comunicação. São três os contextos principais: o agente privilegiado (a terceira parte, juiz, árbitro, mediador, etc.), os participantes ou partes; o grupo social relevante. Advirta-se desde já que esta dimensão, organizada em escala, tem propósitos meramente heurísticos e não bulha, por isso, com o reconhecimento teórico de que a concretização prática do discurso jurídico constitui uma totalidade que confere um sentido global aos diferentes momentos e dimensões que nela mutuamente se implicam. Advirta-se ainda que as funções estruturais de cada um dos factores em cada um dos contextos não são exclusivas, são apenas dominantes e de dominância estruturalmente ancorada.

O Quadro I apresenta de modo sintético o conjunto das funções estruturais dos vários factores ao nível dos diferentes contextos da comunicação. Muitos autores têm chamado a atenção para a ambiguidade do direito enquanto instância de dominação na sociedade capitalista. Na maioria dos casos, esta chamada de atenção é, ela própria, ambígua, pois que, não

Quadro I

Discursos do Direito / Contextos da Comunicação	Discurso do Aparelho Burocrático		Discurso Tópico--Retórico	Discurso do Aparelho Coercitivo
	Instituição	Sistema		
Agente Privilegiado	Competência /Jurisdição	Demons-tração	Argumentação	Ameaça
Participantes	Processa-mento	Prescrição	Persuasão	Coerção
Sociedade	Programa-ção	Racionali-zação	Consenso	Repressão

procurando articular as linhas da ambiguidade da instância jurídica, pouco adianta sobre o âmbito real desta e nada sobre a sua importância teórica e prática. É esta a crítica que se pode formular a Poulantzas, apesar da sua (quase compulsiva) pertinácia analítica, notável em muitos aspectos. Ao longo da sua obra, Poulantzas vem concebendo o direito do estado capitalista como um misto de libertação e opressão, isto é, como fonte e expressão da legitimidade e consenso, por um lado, e de terror e violência, por outro, sem, no entanto, estabelecer teoricamente, em termos marxistas, a génese e o significado dessa duplicidade para a reprodução da dominação de classe na sociedade capitalista [101]. O Quadro I, sem pretender substituir-se à teoria cuja indispensabilidade ele, pelo contrário, presume, estabelece com razoável nível de articulação o mapa cognitivo que ela há-de percorrer, um avanço cujo mérito

[101] Cfr., por último, *O Estado, o Poder, o Socialismo*, Lisboa, 1978, 73 e ss..

pode justamente reivindicar, tanto mais quanto é certo que ele permite desde já concluir que a «ambiguidade» do direito é apenas leitura superficial da complexidade funcional-estrutural da tríplice dimensão retórica, burocrática e coercitiva da instância jurídica estatal da sociedade capitalista. E com a visualização que o quadro permite, é possível ainda determinar o âmbito, ele próprio pluri-dimensional, de tal complexidade, com base no alinhamento dos seus possíveis perfis, tanto em sequências horizontais (p. ex., programação ↔ racionalização ↔ consenso ↔ repressão), como em sequências verticais (p. ex., ameaça ↔ coerção ↔ repressão), como ainda em combinações de ambas (p. ex., argumentação ↔ persuasão ↔ coerção).

À luz deste quadro tornam-se também evidentes as lacunas das diferentes linhas de teorização do direito moderno. As teorias do direito de extracção positivista e directamente emergentes do conhecimento técnico da ciência jurídica concentram-se na dimensão institucional-sistémica e, no seio desta, mantêm-se geralmente ao nível dos contextos de comunicação mais restritos — agente privilegiado e participantes. A teorização filosófica não positivista tende a concentrar-se, na esteira de Viehweg e de Esser, na dimensão retórica, deixando na sombra ou excluindo proselitamente as demais. A teorização sociológica de origem funcionalista tem-se concentrado no aparelho coercitivo e na dimensão institucional do aparelho burocrático. Finalmente, a teoria marxista tem-se deixado monopolizar pelo aparelho coercitivo com algumas incursões no aparelho burocrático mas, em qualquer dos casos, focando apenas o contexto da comunicação mais amplo, o grupo social relevante.

Não admira, pois, que não satisfaçam as teorias que assentam em bases analíticas amputadas, sendo certo que estas são, em si, a representação mutilada do olhar miope da teoria que as funda.

E se é verdade que a teoria marxista está, em meu entender, em melhores condições para dar cobertura ao vasto campo analítico mapeado no presente trabalho, não é menos verdade que, para que tal suceda, é necessário que ela afronte deficiências, aqui sugeridas, com raízes históricas muito fundas. E para isso é necessário que comece por lutar contra si mesma, contra os tabus, os fantasmas e os alibis que têm juncado o seu caminho. Só assim lhe será possível abrir-se a esforços teóricos de diferente origem, eles próprios unilaterais, cangando-os sob a linha de menor componente ideológica e ganhando em troca a força universalizante e a flexibilidade que até agora e apesar de tudo não tem tido.

V. 1 — *A teorização das covariações entre os factores da produção jurídica*

O objectivo do presente trabalho não foi produzir uma tal teoria, mas tão só a base analítica de que ela deve partir. Pode agora concluir-se que, em geral, tal teoria deverá dar conta do desenvolvimento dos diferentes factores que constituem a instância jurídica estatal da sociedade capitalista e das relações estruturais entre eles, globalmente e ao nível de cada um dos contextos da comunicação ou interacção. Especificando um pouco mais, podem identificar-se as seguintes tarefas a ser cumpridas. Em primeiro lugar, e como se tem vindo a referir, a teoria deverá fornecer uma explicação para a correlação estabelecida no presente trabalho. Mas para isso é preciso ter em conta que os diferentes factores que a constituem têm raízes históricas e linhas de desenvolvimento específicos no seio da sociedade capitalista. Para captar umas e outras é necessário recorrer a teorias sectoriais, tais como a teoria da burocracia, a teoria das profissões e a teoria do controle social. É necessário,

pois, combinar a máxima amplitude da teorização global do modo de produção capitalista com as especificações tornadas possíveis pelas teorias sectoriais. Por esta via é possível, por outro lado, estabelecer a ponte — raramente reconhecida pelas teorias abstractizantes mas crucial no plano praxístico — entre a autonomia fenomenológica dos diferentes factores e as homologias estruturais do seu desenvolvimento. As homologias são, elas próprias, dinâmicas, o que facilmente se vê, quer a nível de comparações diacrónicas (capitalismo liberal/capitalismo monopolista), quer a nível de comparações sincrónicas (capitalismo central/capitalismo periférico). A transformação interna dos diferentes factores é, aliás, tão intensa que impõe a reconstrução constante dos termos exactos da correlação, para o que se deve recorrer às teorias sectoriais em constante reformulação.

A análise teórica materialista dos factores que, em suas relações recíprocas, constituem o modo de produção da juridicidade na sociedade capitalista é a melhor garantia contra o risco do simplismo e a rigidez em que pode descambar a correlação apresentada neste trabalho e que, recorde-se, estabelece, em sua versão forte, que «a amplitude do espaço retórico do discurso jurídico varia na razão inversa do nível de institucionalização da função jurídica e do poder dos instrumentos de coerção ao serviço da produção jurídica». A medida do risco pode ser ilustrada com as vicissitudes da retórica nos dois últimos séculos. É sabido que o declínio da retórica, enquanto disciplina do saber, no princípio do séc. XIX coincidiu com a época áurea do desenvolvimento industrial e, a nível cultural, com o movimento romântico [102]. Foi esse também o momento

---

[102] Cfr. A. PLEBE, *ob. cit.*, I. WALTER ONG, *Rhetoric, Romance and Technology*, Ithaca, 1971, 1 e ss.; R. BARTHES, «L'Ancienne Rhetorique», *Communications*, 16 (1970), 192; T. TODOROV, *Literatura e Significação*, Lisboa, 1973, 93 e ss.; O. DUCROT e T. TODOROV, *Dictionnaire Encyclopedique des Sciences du Langage*, Paris, 1972, 99 e ss.; M.-R. LOGAN, «Rhetorical Analysis:

em que se assistiu à expansão das dimensões burocrática e coercitiva do direito e se tornou visível a compressão da dimensão retórica. No que respeita à dimensão burocrática, a expansão do elemento sistémico resultou sobretudo do movimento da codificação e da ciência jurídica que se desenvolveu para, directa ou indirectamente, o servir, enquanto a expansão do elemento institucional resultou sobretudo da consolidação do estado liberal como centro da dominação política de classe. No que respeita à dimensão coercitiva, a sua expansão consubstanciou-se no desenvolvimento e diversificação dos corpos de polícia, na consolidação do movimento penitenciário trazido do século anterior e nos primeiros esforços sistemáticos para pôr as forças militares ao serviço da «segurança interna», isto é, do controle social. Todos estes movimentos encontram adequada expressão na correlação formulada. Acontece, porém, que já bem dentro da segunda metade do sec. XX, em nossos dias, se assiste a um certo ressurgimento da retórica geral e também da retórica jurídica. Quanto à retórica geral, o seu regresso faz-se, a nível teórico, através das ciências da linguagem e, a nível prático-utilitário, através das técnicas de publicidade e de *marketing* [103]. Quanto à retórica jurídica, o seu regresso

Towards a Tropology of Reading», *New Literary History*, IX, 3, 624. Com referência a Portugal, cfr., por exemplo, ROSADO FERNANDES «Breve Introdução aos Estudos Retóricos em Portugal», in H. LAUSBERG, *Elementos de Retórica Literária*, Lisboa, 1966, 13 e ss.; ANIBAL DE CASTRO, *Retórica e Teorização Literária em Portugal*, Coimbra, 1973.

[103] Cfr. os autores citados na nota anterior, e também S. IJSSELING, *Rhetoric and Philosophy in Conflict. An Historical Survey*, Haia, 1976, 1 e ss., onde se dá conta da reabilitação da retórica nas mais diversas áreas do conhecimento. Aliás, o âmbito da retórica está hoje a ser profundamente redefinido, pelo que o seu contributo para a própria teoria da ciência está ainda por estabelecer. A título ilustrativo refira-se que se o inconsciente for estruturado como linguagem, como quer LACAN, torna-se possível construir uma retórica do inconsciente. Cfr., entre outros, A. KREMER-MARIETTI, *Lacan et la Rhetorique de l'Inconscient*, Paris, 1978.

no plano teórico está, como já foi referido, ligado às obras de VIEHWEG, ESSER e PERELMAN, enquanto o seu regresso no plano prático, mais difícil de detectar, pode ser visto nas tentativas levadas a cabo, nos E.U.A. (e ultimamente também na Europa) para informalizar e «popularizar» a administração da justiça. Nos termos da correlação, a este ascenso do factor retórico deve corresponder uma certa recessão dos factores burocrático e coercitivo. Esta conclusão pode, no entanto, ser apressada e só a investigação concreta, teoricamente fundada, poderá revelar, como se sugerirá adiante, se se trata de uma expansão real da dimensão retórica ou de uma «ilusão de óptica» provocada pela transformação dos modos de expansão das restantes dimensões. E neste último caso há que reconstruir os termos da correlação, em vez de assentar a defesa desta na renúncia a um conhecimento mais ajustado da realidade.

V. 2 — *A análise funcional intrafactorial. A caracterização política da prática retórica*

A segunda grande tarefa teórica consiste na análise sincrónica dos vários factores, no pressuposto de que o conteúdo de classe, que preside à articulação, no tempo, entre eles, comanda também o funcionamento interno de cada um num dado momento histórico. No que respeita ao factor que constitui a preocupação central deste ensaio, a retórica jurídica, a análise deve incidir nas determinações do processo pelo qual a argumentação do agente (sócio-politicamente) forte se transforma na argumentação (retoricamente) forte e das possíveis rupturas ou descontinuidades nesse processo. A questão vital da desigualdade social perante o discurso, isto é, a questão do impacto da desigualdade sócio-política entre os vários participantes do círculo retórico no modo de produção da persuasão e do consentimento,

pressupõe o tratamento sociológico dos vários contextos da comunicação, em cuja sede devem ser determinadas, entre outras, as relações de poder entre o agente privilegiado e os demais participantes e entre o agente privilegiado e o grupo social relevante, as desigualdades sociais entre os participantes e, finalmente, a composição de classe do grupo social relevante, sendo certo que o próprio critério de relevância é já informado por interesses de classe mais ou menos estritamente definidos. À luz desta investigação, torna-se evidente que as diferentes funções estruturais, incluíndo a do consenso, são exercidas de um ponto de vista de classe e como tal devem ser teoricamente avaliadas. A questão das desigualdades no interior do círculo argumentativo transcende em muito o domínio da retórica jurídica e põe-se a nível da retórica geral, sobretudo numa época em que os meios da comunicação social monopolizam os recursos de maior potencial persuasivo. Daí que a sociologia da retórica não possa constituir-se à margem das teorias da comunicação social [104].

Sob a mesma perspectiva deverão ser analisados os elementos constitutivos do discurso retórico, como, por exemplo, a selecção e uso específicos dos *topoi*, o nível de informalidade processual, a extensão e o significado da participação no discurso, o nível tecnológico da linguagem, o grau de discrepância entre o objecto real e o objecto processado. A análise deverá incidir particularmente nas variações segundo a identidade sócio-económica dos participantes, como já se deixou referido, e segundo o tipo de conflitos ou litígios processados pelo discurso. Quanto a este último factor, é sabido que a individualização dos conflitos é de importância fundamental para a caracterização da dominação jurídico-política numa sociedade de classes.

---

[104] Para citar apenas um título recente, cfr. J. WHALE, *The Politics of the Media*, Londres, 1977. Cfr. também as obras de W. ONG citadas ao longo deste trabalho.

O facto de o cidadão isolado (ou os seus *ersätze*) ser o único sujeito reconhecido dos conflitos juridicamente relevantes coloca fora da prática oficial as relações de classe — não só aquelas que eventualmente contribuíram para a criação do litígio como também as que intercedem na resolução deste — e desta forma contribui para a invisibilização do conteúdo classista da dominação jurídica. Atente-se, no entanto, em que não se trata de uma mistificação total, pois que os litígios, em sua estrutura de superfície, são realmente protagonizados por indivíduos. Só que esta dimensão individual não é a única e, na esmagadora maioria dos casos, não é sequer a mais importante, e é nesta sonegação das restantes dimensões (supra-individuais) que reside o carácter ideológico da construção jurídica capitalista. À teoria sociológica marxista compete reconstruir essa supra-individualidade em termos de classe social. E nestes termos há que distinguir entre conflitos interclassistas e conflitos intraclassistas, uma distinção central na análise das variações no funcionamento interno dos elementos do discurso retórico, bem como, de resto, dos elementos que constituem as demais dimensões da dominação jurídica.

Este conjunto de especificações pode ser ilustrado com a questão da caracterização do conteúdo político específico de cada um dos factores: burocracia, retórica, violência. Uma das deficiências da teorização marxista do direito tem sido a de atribuir a este uma função política geral que, por demasiado abstracta, deixa sem cobertura adequada uma amálgama de funções secundárias que, como já se notou, acaba por ser contabilizada a título de «ambiguidade» do direito. Resulta do Quadro I que a complexidade funcional-estrutural não se compadece com uma tal solução. No domínio da dimensão retórica, a questão da caracterização política pode formular-se do seguinte modo: quando comparado com os restantes «discursos» (burocrático e coercitivo) do direito, o discurso retórico

é realmente o menos violento ou é aquele que melhor dissimula a violência? Esta questão pode subdividir-se em duas, de âmbito mais restrito: a questão do conteúdo democrático da retórica e a questão do conservadorismo da retórica, duas questões que, tal como a questão geral, extravasam do campo jurídico. Quanto à primeira questão, o discurso retórico, ao procurar a persuasão consentida com base na lógica do razoável, pressupõe (como aspiração, pelo menos) a igualdade de oportunidades dos participantes no discurso, quer ele seja dialógico ou antitético (como é, por exemplo, o caso do discurso jurídico). Por outro lado, para ser persuasivo o discurso tem de ter liberdade para procurar os argumentos mais convincentes nas circunstâncias. Por estas duas razões pode dizer-se que a retórica tem um conteúdo democrático ou, pelo menos, que a ele aspira. A racionalidade tópico-retórica parece mover-se contra duas formas de violência: a violência dos princípios e das provas absolutas, de que decorrem soluções necessárias (a lógica institucional-sistémica a que aspira o aparelho burocrático), e a violência física e psíquica do aparelho coercitivo. Entre estas duas formas de violência, o espaço retórico surge como o espaço democrático que se impõe, no dizer de GADAMER, pela «Verzauberung des Bewusstseins durch die Macht der Rede» («o encantamento da consciência através do poder do discurso») [105].

É sabido que, na antiguidade, a retórica, como disciplina do saber e actividade prática, foi reprimida pelas tiranias e floresceu nos períodos de maior liberdade e democracia. Que dizer dos desenvolvimentos posteriores, nomeadamente da queda da retórica no séc. XIX e do seu relativo renascimento na segunda metade do séc. XX, sobretudo nos países capitalistas centrais? Em relação a este último período, pode apre-

[105] Cfr. H.-G. GADAMER, «Rhetorik, Hermeneutik und Ideologiekritik. Metakritische Erörterungen zu *Wahrheit und Methode*», in K.-O. APEL et al., *Hermeneutik und Ideologiekritik*, Frankfurt, 1975, 69.

sentar-se o renascimento da retórica como um sintoma da redemocratização da vida social e política depois do holocausto da guerra e do fascismo. O princípio da igualdade de oportunidades perante a argumentação pode ser considerado homólogo do princípio da igualdade formal que subjaz ao projecto constitucional do estado liberal; desta forma torna-se possível vincular a teoria política da retórica à teoria democrática-pluralista produzida pela sociologia política funcionalista da segunda metade do nosso século. Sucede que esta última teoria tem vindo a ser fortemente contestada, tanto dentro do marxismo (a crítica da ideologia política burguesa e a teoria do papel do estado liberal na reprodução das relações sociais no seio do modo de produção capitalista) como fora dele (a teoria das elites) [106]. O que está em causa é a subversão do princípio democrático em que assenta a teoria, em face da constatação cada vez mais generalizada das desigualdades estruturais na distribuição do poder político nas sociedades capitalistas. Paralelamente, pode formular-se, como hipótese de trabalho, que a igualdade formal perante os recursos retóricos (tal como, a nível mais geral, a igualdade perante o direito), apesar de desempenhar ainda um papel ideológico importante, constitui uma mistificação cada vez mais difícil de reproduzir socialmente. Em apoio desta hipótese falou-se já nesta secção da monopolização dos recursos retóricos mais importantes e

[106] Cfr., além das obras citadas na nota 1, C. W. MILLS, *The Power Elite*, Nova Iorque, 1959; W. CONNOLLY (org.) *The Bias of Pluralism*, Nova Iorque, 1969 (citado por D. TRUBEK — «Public Advocacy: Administrative Government and the Representation of Diffuse Interests», in M. CAPPELLETTI e B. GARTH, *Access to Justice*, vol. III: *Emerging Issues and Perspectives*, Alphen Aan Den Rijn, 1979, 463 —, que também deve ser consultado para uma visão crítica do pluralismo, 462 e ss.); L. LINDBERG et al., *Stress and Contradiction in Modern Capitalism*, Lexington, 1974.

da consequente manipulação ideológica das massas por parte dos meios de comunicação social ao serviço do estado capitalista (e dos interesses de classe que ele veicula) ou de poderosos grupos de pressão privados. À medida que se avoluma e consolida a desigualdade dos habitantes do espaço retórico, faz sentido reconstruir criticamente a retórica como uma nova forma de violência, ao lado da violência burocrática e da violência física — a violência simbólica.

A questão do conservadorismo da retórica refere-se ao conteúdo tópico desta. A retórica jurídica assenta no uso de *topoi*, isto é, de lugares comuns. Por sua natureza, os lugares comuns apontam para evidênciais socialmente constituídas e homogeneamente partilhadas. O *lugar* da comunidade traz consigo as ideias de fixação, de enraizamento e de rigidez, enquanto a *comunidade* do lugar acarreta a ideia de um transclassismo radical, negador prosélito das tensões sociais e dos conflitos e antagonismos existentes. Ambos apontam para a conservação e consolidação de um certo *status quo* social e ideológico, para o automatismo da transparência do conhecimento social condensado nos lugares comuns e reproduzido, de modo rotineiro e acrítico, por uma prática social sem acidentes nem rupturas.

A questão da caracterização política da retórica, em qualquer das suas faces — conteúdo democrático; conteúdo conservador — não pode, contudo, ser resolvida em termos abstractos. Pelo contrário, a sua resolução há-de assentar em análises concretas para as quais serão carreados, entre outros, os seguintes factores. Em primeiro lugar, a caracterização política do estado em que a prática retórica (no nosso caso, a retórica jurídica) tem lugar. Enquanto nas secções precedentes deste ensaio se usaram indiferentemente várias expressões para caracterizar o outro polo da comparação com o direito de Pasárgada, tais como, «direito estatal moderno», «direito estatal dos países capitalistas», «direito

oficial dos estados contemporâneos e sobretudo dos estados capitalistas», na secção presente, em que se trata de avançar as linhas de uma teorização marxista do direito, tem-se vindo a usar exclusivamente a expressão «direito do estado capitalista». Estas imprecisões e oscilações têm, por assim dizer, uma base teórica *material*. Uma das questões mais complexas e mais obviamente irresolvidas da teoria social consiste em conhecer os limites do conceito de modo de produção capitalista enquanto factor explicativo dos fenómenos e condições sociais ocorrentes nas formações sociais capitalistas. Uma resposta parcial para esta questão tem sido procurada na investigação — hoje bastante avançada — da articulação do modo de produção capitalista com outros modos de produção (pré-capitalista; de orientação socialista) existentes no seio dessas formações sociais. Mas esta resposta não cobre, no entanto, fenómenos — como, por exemplo, o fenómeno burocrático — que se detectam tanto nas sociedades capitalistas como naquelas que sócio-politicamente se situam fora do bloco capitalista, nomeadamente as sociedades do socialismo de estado do leste europeu. As muitas soluções apontadas para esta questão vão desde a maximização radical do potencial explicativo da teorização marxista do modo de produção capitalista — estendendo a teoria às sociedades que aqui se classificam de socialismo de estado — até à sua minimização radical, negando as suas virtualidades para explicar aspectos fundamentais das próprias sociedades capitalistas, e recorrendo, em sua substituição, a entidades abstractas, como, por exemplo, «o processo de produção industrial» ou «post-industrial», de que se fazem decorrer os fenómenos detectáveis nos vários tipos de sociedades contemporâneas. Nenhuma destas linhas teóricas antagónicas — que, apesar deste antagonismo, têm conduzido muitas vezes a práticas políticas não muito distintas — tem sido prosseguida com grande êxito.

No domínio que aqui interessa, a questão teórica principal é a de saber o que torna *capitalista* o estado capitalista [107]. Esta questão, por sua vez, será esclarecida por dois esforços teóricos paralelos. Por um lado, o da teoria marxista do direito do estado capitalista, dada a importância da dominação jurídica na constituição do modelo político liberal; por outro lado, o da teoria marxista do estado e do direito das sociedades socialistas de estado, uma teoria que dê conta dos problemas mais sérios destas sociedades — mais sérios ainda por sobreviverem à liquidação interna do inimigo de classe, a burguesia — como, por exemplo, o problema da integração destas sociedades na ordem económica (capitalista) internacional, o problema da pertinácia de estratificações sociais acentuadas, e o problema da concentração autoritária do poder político e da consequente repressão das liberdades democráticas [108]. Qualquer destes esforços teóricos está largamente por fazer e o facto de eu pessoalmente me concentrar, por agora, no primeiro (a teoria do direito do estado capitalista) justifica a referência exclusiva, nesta secção, ao «direito do estado capitalista», enquanto o uso de expressões imprecisas nas secções anteriores é fruto das carências teóricas mais globais e das ambiguidades que daí resultam e que não podem nem devem ser escamoteadas, embora infelizmente o sejam com frequência, dentro e fora do marxismo.

Do precedente decorre com clareza que a caracterização política da retórica não se pode conceber à margem da natureza do estado em que a retórica é praticada. Mas esta especificação é ainda bastante abstracta se não for ombreada por outras especificações, tais como o conteúdo específico de classe das diferentes práticas retóricas e o momento ou contexto da luta de classes em que aquelas têm lugar. Uma das ideias centrais deste

[107] São de salientar os esforços de OFFE, POULANTZAS, HIRSCH e E. WRIGHT (citados na nota 1) para o esclarecimento desta questão.

[108] Sobre todos estes problemas cfr. R. BAHRO, *ob. cit.*.

ensaio é que, no estado de direito da sociedades capitalista, o estado *não é só* de direito e o direito *não é só* do estado. No caso aqui analisado — o direito de Pasárgada — a retórica jurídica é exercida pelo operariado industrial (e também pelo exército de reserva e por uma fracção do que, muito inadequadamente, tem sido chamado «pequena-burguesia favelada»), fora do âmbito do direito estatal e no seio de uma organização comunitária (a associação de moradores) mais ou menos autónoma. Apesar de toda a sua precaridade, o direito de Pasárgada representa a prática de uma legalidade alternativa e, como tal, um exercício alternativo de poder político, ainda que muito embriónico. Não é um direito revolucionário, nem tem lugar numa fase revolucionária da luta de classes; visa resolver conflitos intraclassistas num espaço social «marginal». Mas, de qualquer modo, representa uma tentativa para neutralizar os efeitos da aplicação do direito capitalista de propriedade no seio dos bairros da lata e, portanto, no domínio habitacional da reprodução social. E porque se centra à volta de uma organização eleita pela comunidade, o direito de Pasárgada representa, também por esta razão — e como aspiração, pelo menos — a alternativa de uma administração democrática da justiça. Uma aspiração tanto mais notável quanto é certo que é avançada em condições de luta muito difíceis para as camadas populares, no seio de um estado autoritário com forte componente fascista.

É com base em análises concretas como esta e contabilizando factores como os que aqui foram apresentados que se pode proceder a uma caracterização não idealista do conteúdo político da prática retórica. É ao nível desta análise, e não em geral, que se resolverão as questões do conteúdo democrático e do conteúdo conservador da retórica. Quanto ao conteúdo democrático, a investigação centrar-se-á no carácter mais ou menos formal da igualdade perante o discurso, devendo ser suficientemente subtil para discriminar segundo os ramos de

direito, as dimensões da produção jurídica tal como foram elaboradas no presente trabalho e ainda segundo os contextos da comunicação. Será importante reter que nenhum princípio jurídico-político da sociedade capitalista é isento de contradições e que, por isso, o princípio de igualdade, tal como os restantes direitos fundamentais, nunca é *puramente* formal. É, antes, gerador de consequências sócio-políticas materiais, ainda que o não seja de modo homogéneo em toda a vasta área de intervenção da instância jurídica. A igualdade argumentativa não pode pois negligenciar-se e muito menos rejeitar-se. Do que se trata, do ponto de vista marxista, não é de eliminá-la, mas antes de ampliá-la e de aprofundá-la radicalmente.

Quanto ao conteúdo conservador da retórica, é importante salientar, para prevenir contra voluntarismos grosseiros, que os momentos da consolidação e da conservação são fundamentais em qualquer estrutura social e particularmente — por paradoxal que pareça — nas estruturas sociais em processo de rápida ou mesmo revolucionária transformação. No caso de Pasárgada, o carácter conservador da prática retórica não pode ser deduzido, sem mais, da análise do conteúdo tópico desta. É necessário, além disso, entrar em linha de conta com o contexto sócio--político em que esse conteúdo é actualizado. E a este nível será de considerar que Pasárgada, como de resto os demais bairros da lata no interior das grandes cidades do mundo capitalista, tem a sua sobrevivência constantemente ameaçada pelos poderosos interesses dos especuladores dos solos urbanos. A extinção dos bairros e a sua remoção para os subúrbios mais remotos da cidade implicam, nas condições em que têm sido feitas, um drástico agravamento das condições de reprodução social (agravamento dramático dos custos dos transportes, que chegam a absorver mais de 1/3 do salário, aumento das rendas de casa, perda de empregos eventuais — os biscates — e do suplemento financeiro por eles criados, com a consequente desintegração

da já de si precária economia familiar, destruição das relações sociais primárias e do enraizamento social que elas asseguram). O direito de Pasárgada, e muito especialmente a sua importante dimensão retórica, são factores de consolidação das relações sociais no interior de Pasárgada. Quanto maior for essa consolidação, mais intenso será o desenvolvimento comunitário e menores serão os riscos de extinção ou remoção (em virtude dos agravados custos sociais e políticos para o aparelho de estado decorrentes de tais medidas). É à luz destes objectivos e destas lutas (que são afinal lutas de classe), e não em abstracto, que se deve determinar o caracter político da retórica jurídica de Pasárgada. O que aparece em geral como conservador pode estar de facto ao serviço de uma estratégia de transformação, porventura radical, da sociedade. Por esta via, a *tópica* retórica pode ser posta ao serviço da *utópica* retórica.

V. 3 — *A interpenetração das estruturas sociais. A oralidade e a escrita jurídicas.*

Nos parágrafos precedentes delinearam-se algumas das vias de acesso à segunda grande tarefa da teoria marxista do direito, isto é, à elucidação teórica do funcionamento interno de cada um dos factores ou dimensões que constituem o direito do estado capitalista, ilustrando os vários percursos analíticos no domínio da dimensão retórica e, neste, dando particular atenção à questão da caracterização política da prática retórica. Qualquer das grandes tarefas teóricas até agora identificadas concebe as três dimensões da instância jurídica como detentoras de estruturas autónomas, ainda que susceptíveis de estabelecerem entre si relações padronizadas, as quais constituem, de resto, um dos objectos principais da investigação. Esta concepção, que tem imensas virtualidades analíticas, não é, contudo, adequada

a dar conta da interpenetração das estruturas, isto é, dos processos por via dos quais, numa dada formação social, cada uma das estruturas sociais repercute *internamente*, na sua constituição e na sua vigência, a presença das restantes estruturas. Dilucidar esta interpenetração é a terceira grande tarefa teórica e, sem dúvida, a mais complexa e espinhosa de toda a teoria social. No âmbito da investigação sociológica do direito, a questão principal consiste em determinar se a recessão do espaço retórico verificada nos últimos duzentos anos é apenas uma recessão *externa*, isto é, o deslocamento das fronteiras do espaço retórico frente à pressão sobre elas exercidas pelos espaços vizinhos, ou se é também uma recessão *interna*, isto é, a «contaminação» institucional-sistémica e coercitiva dos elementos constitutivos do espaço retórico. A resolução desta questão, que só pode ser equacionada numa perspectiva histórica de longa duração, é, por sua vez, determinante para a fixação do sentido do relativo ressurgimento da retórica na segunda metade do séc. XX.

Enquanto a investigação da covariação entre estruturas tem ao seu dispor uma metodologia segura, testada por largos anos de trabalho sociológico, a investigação da interpenetração é um campo novo, teórica e metodologicamente por mapear [109]. Cingindo-nos à dimensão retórica, o leque de questões a plantar neste campo pode ser ilustrado com as relações entre a oralidade e a escrita enquanto estruturas de produção e distribuição do conhecimento social. É sabido que escrever e falar não são apenas dois modos de comunicar; são dois modos de pensar e, em última análise, dois tipos de cultura, com lógicas e economias de expressão próprias. A cultura oral é dominada pela necessidade de armazenagem e conservação do conhecimento, para o que recorre ao uso extensivo de fórmulas e, entre elas, sobretudo aos lugares comuns. É uma cultura formulária. Pelas mesmas razões é uma cultura integradora, centrada na continuidade noética, menos interessada na aquisição de conhecimento novo do que na participação colectiva no conhecimento existente. A memória colectiva, reproduzida no quotidiano e no ritual, é a casa da cultura oral. A preocupação perante o perigo constante da desintegração do conhecimento confere-lhe ainda outras características, entre as quais o conservadorismo, a relativa rigidez temática, a identificação epitética como forma de desambiguação, a verbosidade e a redundância [110]. Estas características constituem, no seu conjunto, a lógica e a economia da expressão cultural oral. O seu accionamento, a sua prática, tem lugar no seio de um auditório real, sociologicamente homogéneo ou para tal tendendo.

[109] Entre os autores que procuraram penetrar neste campo é justo salientar W. ONG, cujas obras citadas ao longo deste trabalho me inspiraram a caracterização da oralidade e da escrita no que se segue. Cfr. também J. DERRIDA, *L'Ecriture et la Difference*, Paris, 1967, em quem de resto W. ONG se apoia.

A cultura escrita rege-se por uma lógica e uma economia muito distintas. A escrita, isto é, a morte da palavra como som e a sua ressurreição gráfica, tem na palavra, e não na fórmula, a sua unidade operacional básica. A preocupação na armazenagem do conhecimento social desaparece e o esforço noético concentra-se na aquisição de conhecimentos novos. O pensamento escrito não precisa de se colectivizar para se apresentar à memória colectiva e é, por isso, susceptível de apropriação individual. Por outro lado, através da elevada tecnologia da palavra que possibilita, o pensamento escrito permite-se níveis de abstracção inatingíveis pelo pensamento oral. Consequentemente, a sistematização deixa de ser, como na cultura oral, um recurso externo e reflexivo para passar a ser um elemento constitutivo do pensar. O auditório da escrita é sempre fictício

[110] Como já deixámos notado, a escrita, por sua vez, não está isenta de conservadorismo, ainda que por outras razões e por outras vias. Cfr. Y. R. CHAO, *ob. cit.*.

e a sua homogeneidade é o correlato abstracto da individualidade do emissor escrevente.

A cultura retórica é um cultura oral e pode dizer-se que até ao séc. XV a cultura europeia é essencialmente uma cultura oral [111]. Com a descoberta da imprensa assiste-se à degradação progressiva da oralidade e à sua substituição pela escrita. No entanto, durante algum tempo, provavelmente até ao séc. XVIII, a cultura escrita, apesar de todo o vigor e arrogância com que se vai impondo, é ainda dominada pela lógica e pela economia da expressão oral. Durante este período são nítidos os resíduos da oralidade no seio da escrita, isto é, hábitos de pensamento e de expressão típicos da prática noética pré-tipográfica, cuja vigência testemunha a dominância da oralidade como meio de expressão cultural ou, pelo menos, a impossibilidade de dissociar, nesta fase, o medium escrito do medium oral. Como salienta WALTER ONG, não se trata de uma adopção consciente da lógica da oralidade por parte da escrita [112]. Trata-se tão só de os hábitos de pensamento e de expressão da velha cultura oral serem ainda os mais familiares, ao ponto de se presumir pertencerem, por igual, ao novo medium, uma presunção cuja credibilidade se mantém até que o novo medium seja suficientemente interiorizado para que a sua lógica e a sua economia específicas emerjam com autonomia.

Nisto consiste a interpenetração das estruturas da cultura escrita e da cultura oral, neste período, um fenómeno fluido e complexo que rapidamente vai evoluindo no sentido da implantação estrutural da cultura escrita. Deste processo histórico faz parte a queda da retórica no fim do séc. XVIII, coincidindo, como já se referiu, com o primeiro grande período de expansão capitalista e, no plano cultural, com o movimento romântico. A crítica da retórica fez-se em nome do individualismo (frente ao colectivismo da cultura velha), da originalidade (frente ao formularismo), da inovação (frente à conservação) e da acumulação (frente à partilha). Acima de tudo criticou-se o artificialismo da retórica e o pseudo-conhecimento que o habita, em nome do conhecimento verdadeiro, natural e objectivo que a ciência moderna proporciona. Não é difícil ver nesta crítica a pujança ideológica da burguesia numa fase eufórica de desenvolvimento económico e a caminho da consolidação da dominação política. A escrita, que já desde os fins da idade média era o instrumento indispensável da prática contabilística das firmas comerciais — não é por acaso que esta prática é ainda hoje designada, na linguagem comum, por «fazer a escrita» —, transformou-se progressivamente no medium quase exclusivo de toda a administração pública e privada, isto é, da burocracia no seu sentido mais amplo.

À medida que a lógica e a economia da expressão escrita se vão impondo, uma nova ordem cultural se estabelece, uma estrutura mental que rompe, ou pretende romper, com o passado, um pensamento espacial ao serviço de um conhecimento racional, objectivo, controlado, em suma, científico. A ciência moderna é, de facto, a matriz, o paradigma, da nova cultura escrita, com implicações múltiplas nos mais diversos campos da acção social, desde a pedagogia, com a adopção de teorias e técnicas centradas sobre a aprendizagem *escrita* do conhecimento *científico*, até à administração burocrática, onde a regulamentação exaustiva, tornada possível pela escrita tipográfica, se transforma no fundamento da esperança do século na racionalização, sistematização e controle das relações sociais.

Sucede, porém, que a partir dos anos 30 do nosso século o som perdido da palavra foi redescoberto. Inicia-se então o

---

[111] Esta afirmação é conscientemente polémica, habituados como estamos a ver na escrita o traço distintivo da cultura europeia em relação as culturas das sociedades «simples». Cfr. sobre este tema, J. GOODY e I. WATT, «The Consequences of Literacy», in P. P. GIGLIOLI (org.), *ob. cit.*, 311 e ss..

[112] Cfr. W. ONG, *Rhetoric*, 24.

período da ressonorização electrónica da palavra através da rádio e, mais tarde, da televisão[113]. Significará esta nova oralidade o regresso ao passado ancestral da cultura europeia? Significará o fim da cultura escrita tal como a conhecemos nos últimos duzentos anos? Parece indesmentível estarmos perante um processo de reoralização da cultura, a que se liga o regresso da retórica, na segunda metade do nosso século, pelas mãos teóricas da linguística e pelas mãos práticas da publicidade, do *marketing* e da comunicação social audio-visual. E de novo este processo se apresenta prenhe de consequências nos mais diversos domínios da vida social, desde a administração pública e privada, com a introdução, sobretudo nos países capitalistas avançados, de técnicas de relações humanas assentes na interacção primária ou de face a face, até à pedagogia, com a revalorização da oralidade e a negligência da escrita (a ponto de parecer caminhar-se para novas formas de analfabetismo culto).

Uma análise detalhada deste processo revela, contudo, que não se trata de modo nenhum de um regresso à cultura oral do passado pré-tipográfico. A nova oralidade, ou oralidade secundária, como tem sido também designada, não está centrada na preocupação da armazenagem do conhecimento através dos lugares comuns. Pelo contrário, a centração parece residir na obsolescência acelerada do conhecimento. A nível teórico, tal é o resultado da ênfase no avanço científico e da reiterada superação do conhecimento adquirido que tal envolve. A nível prático-utilitário, a obsolescência do conhecimento é sobretudo o resultado da constante repetição do novo, isto é, da produção

[113] Dentre a imensa bibliografia sobre o tema, cfr. H. M. ENZENSBERGER, «Constituents of a Theory of the Media», in D. MCQUAIL (org.), *Sociology of Mass Communications*, Harmondsworth, 1972, 99 e ss.; H. SCHILLER, *The Mind Managers*, Boston, 1974; DANIEL BEN-HORIN, «Television Without Tears: An Outline of a Socialist Approach to Popular Television», *Socialist Revolution*, 35 (1977), 7 e ss.

social do esquecimento através das rupturas publicitárias e da permanente re-tematização da actualidade na comunicação social. Desta forma, os lugares comuns são orientados para acções práticas de curto prazo, isto é, para cobrir espaços amplos em vez de tempos longos. O conservadorismo da retórica sincroniza-se e a rigidez temporal transforma-se em fixação espacial.

A oralidade secundária obedece a uma lógica institucional--sistémica, que se detecta com particular nitidez na questão do auditório. O auditório ou, melhor, os auditórios sobrepostos não são fictícios mas a sua realidade e homogeneidade são produtos de uma intervenção programada, mesmo quando o objectivo é produzir espontaneidade. A participação no círculo retórico tem de ser programada e controlada até ao último pormenor de modo a surgir realisticamente (ao nível da realidade electrónica) como improvisada e espontânea. Correlativamente, a igualdade perante o discurso é produzida por um aparelho detentor do controle tendencialmente monopolista dos recursos retóricos mais importantes. À luz desta observação não é temerário avançar, como hipótese de trabalho, que a lógica e a economia da cultura escrita presidem à prática da oralidade secundária. E, a ser assim, estamos de novo perante um fenómeno de interpenetração estrutural em que, desta vez, a estrutura da escrita domina a da oralidade. De modo pouco rigoroso mas sucinto pode dizer-se que, enquanto no primeiro período de interpenetração estrutural analisado se escrevia como se falava, no segundo fala-se como se escreve.

A aplicação desta investigação no domínio da sociologia jurídica suscita hipóteses de trabalho frutuosas e é por isso importante para o avanço científico nesta área. Reportando-nos às três dimensões da instância jurídica identificadas neste trabalho e aos discursos que as constituem, é de reconhecer que o discurso retórico é basicamente uma fala, um discurso *dito*, enquanto

o discurso institucional-sistémico é um discurso *escrito* e o discurso coercitivo, um discurso *feito*. Deixando por agora de lado, pela sua especificidade, o discurso feito — que, aliás, também é feito do não-discurso —, é possível esclarecer alguns pontos obscuros da história e da sociologia jurídicas através da análise das interpenetrações estruturais entre o discurso dito e o discurso escrito no interior da prática jurídica numa sequência de longa duração.

Quando se consulta a documentação jurídica e sobretudo as colectâneas de leis e de outras provisões legais da idade média e mesmo da idade moderna até finais do séc. XVIII e se analisam as suas características estilísticas a partir dos postulados culturais gerais e jurídicos do nosso tempo, é difícil furtarmo-nos a uma sensação de estranheza perante a precária sistematização, a deficiente generalidade da linguagem jurídica e o pouco rigor desta, o carácter lacunoso e frequentemente contraditório da regulamentação, a redundância de muitas expressões usadas e, finalmente, os exemplos ou ilustrações fastidiosas. Não é invulgar contabilizar esta caracterização a débito da prática e da ciência jurídicas coevas, atribuindo as «imperfeições» à precaridade dos recursos técnicos e teóricos e ao carácter empírico da formação jurídica e justificando-as enquanto momentos da pré-história do movimento de codificação do séc. XIX.

A investigação sobre a interpenetração estrutural torna possível uma leitura alternativa da escrita jurídica medieval e moderna. Como não é difícil reconhecer na caracterização desta escrita a estrutura do discurso oral já delineado nesta secção, pode avançar-se, como hipótese de trabalho, que essa caracterização não resulta de «imperfeições» ou de «impreparações», mas tão só do facto de no período histórico em causa a escrita jurídica estar ainda submetida à lógica e à economia da oralidade que dominara até então a prática jurídica. A degradação da oralidade jurídica só tem verdadeiramente lugar no séc. XIX

e é só então que se impõem a lógica e a economia da escrita jurídica como factores estruturantes dominantes da prática e do discurso jurídicos. Os marcos mais significativos deste processo são os seguintes: o grande movimento de codificação posterior à revolução francesa; a emergência de uma ciência jurídica capaz de proporcionar à prática jurídica uma consciência teórico--abstracta e um suporte técnico; a aplicação dos princípios e critérios da administração burocrática à administração da justiça; a tendência para a profissionalização plena da produção jurídica decorrente da aceleração da divisão social e técnica do trabalho jurídico e, portanto, da expansão e diversificação interna das profissões jurídicas; a reforma do ensino jurídico no sentido da apropriação monopolística deste por parte de titulares da ciência jurídica, um ensino centrado na escrita jurídica e na aprendizagem do domínio técnico dos códigos com a negligência activa dos demais objectivos possíveis, quer dos objectivos mais amplos ligados à formação política filosófica e social dos juristas, quer dos objectivos mais empíricos e «comezinhos» da preparação para a prática (em boa medida ainda oral) dos tribunais.

Também neste caso não é difícil ver nas características deste processo afloramentos da estrutura geral do pensamento (e do conhecimento) escrito tal como a definimos nesta secção. Pode mesmo dizer-se que a escrita jurídica é de todas a que melhor preenche os requisitos estruturais do pensamento escrito ou, para usar a terminologia weberiana, a que mais se aproxima do tipo ideal deste pensamento. Assim, por exemplo, a escrita jurídica é aquela em que a ficção do auditório atinge o seu nível extremo. É o que decorre do princípio da não-ignorância da lei, isto é, do princípio de que a ignorância da lei não pode ser invocada para desculpar o comportamento contrário às suas determinações obrigatórias. Ao fazer-se assentar a legitimidade da reprodução jurídica num conhecimento cuja vigência

no seio do auditório o próprio princípio, enquanto tal, nega ou pelo menos admite não existir, atribuem-se consequências jurídicas materiais a uma ficção que, aliás, o é cada vez mais, à medida que se profissionaliza o trabalho jurídico e a *ciência* jurídica se apropria da *consciência* jurídica. Por via de tais consequências, o auditório é coagido a dar cumprimento à sua própria ficção.

A subordinação estrutural a que neste processo foram submetidos os resíduos de oralidade no discurso jurídico torna-se patente de múltiplas formas, inclusivamente através dos refinamentos analíticos e exegéticos a que foram submetidos os *topoi* por parte da ciência jurídica, refinamentos esses que relevam de uma lógica sistémica e, como tal, estranha à génese tópica [114]. Sucede, porém, que se tem vindo a verificar em tempos recentes, e sobretudo nos países capitalistas avançados, uma certa tendência para a reoralização do discurso e prática jurídicos, por hipótese ligada a um certo revigoramento da dimensão retórica da instância jurídica, a que, de resto, já se fez referência nesta secção. Essa tendência ou movimento é detectável por múltiplos sinais, mas os mais importantes são os que dizem respeito à criação, em certas áreas do controle social, de uma administração jurídica e judiciária paralela ou alternativa àquela que até agora dominou em exclusivo, recuperando ou reactivando, em novos moldes, estruturas administrativas de tipo popular ou participatório há muito abandonadas ou marginalizadas. Em áreas como a pequena delinquência e a pequena criminalidade, a ordem e a segurança públicas, a defesa do consumidor, a habitação, as relações entre vizinhos e as questões de família, criam-se tribunais sociais, comunitários ou de bairro presididos por juízes leigos, eleitos ou designados pelas organizações sociais, e em que

[114] Cfr. SOURIOUX e LERAT, *ob. cit.*, 64: «Plus la matière est technique, plus les marques de l'écrit sont préponderants jusque dans l'oral».

a representação das partes por advogado não é necessária ou é até proibida. O processamento das questões é informal e oral e, por vezes, nem sequer a sentença é reduzida a escrito [115].

No seguimento da investigação apontada nesta secção, a geometria (que não a imaginação) sociológica levar-nos-á a propor, como hipótese de trabalho, que esta tentativa de reoralização da prática e do discurso jurídicos está subordinada à lógica e à economia estruturais da escrita jurídica, hoje vastamente dominante. E alguns sintomas se podem carrear neste sentido. É, contudo, possível que neste caso a interpenetração estrutural assuma novas formas ou que, em vez de interpenetração em sentido estrito, se esteja perante outras formas de combinação estrutural, por exemplo, a da concentração da escrita jurídica (e das dimensões burocrática e coercitiva com as quais goza de forte homologia estrutural) nas áreas de controle social mais importantes para a reprodução da dominação político-jurídica de classe, deixando para a oralidade jurídica as áreas consideradas marginais e, por isso, negligenciáveis, onde, por acréscimo, a oralidade pode desempenhar uma prestimosa função de integração social e de legitimação do poder político. Esta redistribuição geo-política das estruturas jurídicas estará eventualmente ligada a mudanças mais globais na dominação política burguesa, por exemplo, às que dizem respeito à chamada crise fiscal do estado capitalista provocada pelo desequilíbrio entre a taxa da acumulação capitalista (cuja última crise data de 1973 e ainda dura) e os custos da produção improdutiva do estado [116]. Este desequilíbrio pode levar à «devolução» controlada à «sociedade civil» de áreas da acção social que tinham sido absorvidas

[115] Cfr., por todos, R. ABEL (org.) *The Politics of Informal Justice* Nova Iorque, 1980.

[116] Cfr. J. O'CONNOR, *The Fiscal Crisis of the State*, Nova Iorque, 1973.

na administração directa do estado na primeira metade do nosso século, integradas no processo de consolidação do estado social que então teve lugar.

À luz desta hipótese, a reoralização relativa da prática jurídica, bem como a relativa desprofissionalização e informalização do trabalho jurídico e, mais em geral, o reforço relativo da dimensão retórica da instância jurídica têm lugar em termos de subordinação estrutural, não porque as suas estruturas sejam «adulteradas» pela intromissão de outras, heterólogas e dominantes, mas antes porque a sua «pureza» estrutural é consentida apenas na periferia da dominação jurídico-política e pelas razões heteróctones de reforçar ideologicamente o estado capitalista e de garantir um controle social a preço módico. Esta hipótese será tanto mais consistente quanto mais concludente for a verificação de que estas transformações nas franjas dos vários aparelhos de estado são acompanhadas pelo reforço das dimensões burocrática e coercitiva (e da escrita jurídica através da qual uma e outra «discursam» na sociedade) da instância jurídica no centro desses aparelhos. Muito do que fica dito nesta secção pode ser chamado a substanciar esta verificação.

Tanto na forma de combinação de estruturas, cuja ilustração acabamos de fazer, como na de interpenetração de estruturas em sentido estrito, como ainda na de covariação de estruturas (que constituiu o objecto teórico principal deste ensaio) propõe-se como princípio teórico que a articulação estrutural nunca é horizontal, isto é, nunca tem lugar entre estruturas equivalentes ou equidistantes no horizonte sócio-político. Pelo contrário, faz-se sempre na vigência de estruturas dominantes e de estruturas dominadas (ou recessivas) e as posições relativas de umas e de outras, mesmo em corte sincrónico, só são detectáveis à luz de uma perspectiva histórica de longa duração. Esta teoria tem afinidades com a teoria de LUCIEN GOLDMANN sobre

as homologias estruturais e a historicidade das estruturas sociais (para o que desenvolve também os conceitos de desestruturação e de restruturação) [117]. Não será, contudo, pretencioso salientar que a concepção de articulação estrutural apresentada neste trabalho tem potencialidades para servir melhor que a concepção goldmanniana o objectivo de dar corpo histórico às estruturas sociais. À ideia de homologia estrutural subjaz a ideia de combinação horizontal no sentido aqui adoptado e a esta subjaz, por sua vez, a ideia de equilíbrio posicional. Esta última ideia tem uma inegável vocação estática e constitui um terreno pouco seguro para nele fundar a construção da historicidade. Esta, para não nascer em ruínas, tem de se reportar, ainda que implicitamente, a uma estrutura globalizante (as raízes heideggerianas do pensamento de GOLDMANN) que dá coerência às homologias e às transformações e intransformações das estruturas sociais. Mas esta totalidade, assim hipostasiada, corre o risco de se tornar numa entidade metafísica. Na concepção apresentada neste ensaio, a articulação das estruturas sociais dá-se sempre sob a dominância de uma delas e é nesta desigualdade que se gera a instabilidade de que decorre a mudança e, em última análise, a historicidade. Por seu lado, a desestruturação é sempre correlato de recessão estrutural e é sempre contraditória; por isso é capaz de gerar novas articulações estruturais, umas que representam rupturas globais com as anteriores, outras que são destas meros rearranjos.

Esta concepção engloba, relativizando-a, a ideia de homologia estrutural e simultaneamente dá relevo justo à ideia, igualmente importante, da não contemporaneidade das estruturas sociais [118].

---

[117] Cfr. L. GOLDMANN, *Le Dieu Caché*, Paris, 1955 e *Pour Une Sociologie du Roman*, Paris, 1964.

[118] A não contemporaneidade das estruturas sociais é também a não simultaneidade ou desigualdade dos tempos sociais, a *Ungleichzeitlichkeit* de que fala ERNST BLOCH *(Erbschaft dieser Zeit*, Zurique, 1935, 35 e ss.).

De facto, não basta perguntar pelos movimentos estruturais homogéneos, aos quais é permeável a ideia de homologia; é preciso, além disso, perguntar pela eventual dessincronia desses movimentos. No domínio da sociologia jurídica, a dessincronia possível entre os vários factores da produção jurídica pode ser investigada, quer ao nível genético (qual é o mais antigo dos factores ou dimensões do direito identificados e qual a importância sociológica de tal facto?; qual o factor ou dimensão que há mais tempo mantém a dominância e com que oscilações?), quer ao nível da não contemporaneidade dos tempos sociais que nelas, diversamente, penetram (em que medida é que a combinação estrutural entre as dimensões da instância jurídica reflecte ou acompanha a articulação dos modos de produção no interior de uma dada formação social?; em que medida e de que modo (desigual) esta articulação se repercute no interior de *cada* uma das dimensões?; há algo de arcaico ou anacrónico ou simplesmente pré-capitalista na dimensão retórica do direito?; ou é, pelo contrário, nela que discorre oniricamente a utopia jurídica?).

Em resumo, esta concepção teórica da combinação e da interpenetração estruturais permite ancorar materialisticamente o movimento histórico das estruturas e as contradições a que está sujeito, permite, por outras palavras, relacioná-lo com as lutas de classes e com as transformações por que vão passando os modos de produção e, com eles, as relações de poder social e as formas de dominação política. Permite, em suma, conquistar a totalidade a partir das análises concretas e das práticas para que apontam, evitando simultaneamente o perigo da fragmentação empirista e o perigo do simulacro da unificação metafísica. É certo que a totalidade é a soma e o resto, mas são as desigualdades (mutáveis) entre as parcelas da soma que determinam o montante (instável) do resto.

Na última secção deste ensaio não se pretendeu avançar muito para além da apresentação de hipóteses de trabalho que, para maior consistência e concretização, foram acompanhadas de ilustrações selectivas. As ambições teóricas aqui esboçadas excedem em muito o trabalho individual e são afinal o caderno de encargos de uma geração de sociólogos do direito e do estado. Com plena consciência disto se abriram múltiplas pistas de investigação empírica e de teorização — caminhos para muitos trilharem sem se trilharem.